

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA

Capacité civile de la Femme mariée

EN DROIT NORMAND
ET EN DROIT ANGLAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 10 Juin 1914, à 3 heures

PAR

MAURICE FESSARD

Président : M. Ambroise COLIN, professeur.

Suffragants { MM. LEFEBVRE, professeur.
CAPITANT, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1914

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA

Capacité civile de la Femme mariée

EN DROIT NORMAND

ET EN DROIT ANGLAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 10 Juin 1914, à 3 heures



PAR

MAURICE FESSARD

Président : M. Ambroise COLIN, professeur.

Suffragants { *MM. LEFEBVRE, professeur.*
CAPITANT, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1914

AVANT-PROPOS

« L'incapacité des femmes mariées est la principale
« conséquence de la puissance maritale, l'une des institu-
« tions les plus caractéristiques et, ajoutons-le aussitôt,
« les plus critiquables de notre droit privé (1). »

Aucune des explications fournies, aujourd'hui, du régime sous lequel nous vivons, ne satisfait notre raison. Pourquoi la femme mariée est-elle incapable ? « C'est là un problème, à notre avis, à peu près insoluble dans l'état de notre législation. Tout au plus, peut-on, sinon justifier, du moins expliquer la règle actuelle en interrogeant l'histoire » (2).

Nous nous proposons de suivre dans tous ses détails, la longue évolution de la capacité civile de la femme mariée dans une de nos vieilles provinces françaises et sur un sol voisin du nôtre. L'évolution est typique, car, droit ancien

(1) Ambroise Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, p. 601.

(2) *Loc. cit.*

d'une part, droit moderne de l'autre, ont adopté deux systèmes extrêmes.

Tout d'abord, en Normandie comme en Angleterre, par le seul fait du mariage, non seulement la femme devient incapable, mais elle cesse d'avoir une existence propre : sans qu'il soit permis d'y déroger, le mari absorbe tout, personnalité et biens de sa femme, à ce point que celle-ci ne peut ni posséder, ni aliéner, ni contracter, ni ester en justice, ni faire de testament, même avec l'autorisation maritale : voilà pour le droit ancien.

Brusquement, en Angleterre, dans le dernier quart du *xix*^e siècle, l'organisation des rapports conjugaux subit une métarmorphose ; le Parlement, consacrant et élargissant les tempéraments accrédités par la jurisprudence, érige le principe nouveau de « propriété séparée de la femme », avec droit illimité d'en disposer « as if she were a feme sole » (2), comme si elle n'était pas mariée : voilà pour le droit moderne.

La Normandie ne nous présentera que la première phase de cette transformation, redevenue définitivement française au *xv*^e siècle, sa coutume sera respectée par le pouvoir royal, comme celle des autres provinces. Sans doute le voisinage du droit parisien et l'influence dominatrice de l'Ile de France atténuera et adoucira sensiblement la rigueur de la puissance maritale ; mais plusieurs des traits primitifs resteront debout et seront même revêtus

(1) Loi 1882, art. 1^{er}.

de la sanction officielle lors de la rédaction de 1583. A l'heure où le courant d'opinions aurait pu réagir sur la coutume normande et l'orienter vers des horizons nouveaux, tout l'ancien droit fut l'objet d'une abrogation expresse et depuis lors le Code civil régit la Normandie comme le reste de la France.

Dans les cinq départements qui ont pris la place de l'ancien duché de Normandie, que s'est-il conservé du passé ? En ce qui concerne la capacité de la femme, nous verrons que la pratique notariale a ressuscité çà et là certains vestiges de l'ancien droit matrimonial, et restauré, dans une faible mesure, la discipline conjugale d'autrefois.

Mais ce qui a vraiment survécu à l'abrogation révolutionnaire, c'est la confiance populaire dans les errements des ancêtres et la foi dans le génie de la race ; le respect des traditions s'accompagne d'une défiance marquée pour les innovations venant du dehors et d'un attachement inviolable au patrimoine foncier, c'est-à-dire à l'image même du passé. Le plus arriéré des paysans normands répète encore aujourd'hui comme les jurisconsultes de jadis : « Bien de la femme ne doit jamais périr ». C'est à peu près le résumé de l'ancien droit matrimonial de la province. Quelle qu'eût été la valeur juridique de ce système, le Normand le juge par ses prétendus résultats ; c'est à lui qu'il attribue la prospérité économique de sa terre natale dont il a su tirer les embellissements et les commodités de l'existence. La Normandie, « cette terre

promise qui a fait le miracle de fixer l'humeur errante des Vikings, a le charme qui attire, le charme plus rare qui retient. » (1) Le Normand le sait et voilà pourquoi l'attachement au sol est, aujourd'hui comme autrefois, le pivot de sa vie juridique. « Soit que l'on contemple ces campagnes, si amples en leur fécondité paisible, soit que l'on déniche, entre les vergers et les prairies, les maisons basses enfouies dans la verdure, ou que l'on voie monter à travers les hétraies la fumée des usines blotties au fond des vallées, ou bien que l'œil s'arrête à ces restes de châteaux, d'abbayes, à ces églises aux fins clochers qui presque partout s'élancent, c'est, sous les formes diverses que détermine le sol, une même image d'opulence ordonnée qui frappe l'esprit; et dans cette impression d'ensemble, le présent se lie sans effort au passé (2). »

(1) Albert Petit, *Histoire de Normandie*, p. 251.

(2) Lavisse, *Histoire de France*, Introduction. *Tableau de la géographie de la France*, par Vidal de la Blache, p. 183.

INTRODUCTION

Les origines du droit anglo-normand

Tout le monde est d'accord pour reconnaître l'extrême originalité du droit normand : droit public et droit privé, régime féodal, condition des personnes et organisation de la propriété, toutes les branches de la législation ont revêtu en Normandie un aspect plus discipliné et plus énergique qu'en aucune autre province française et ce même caractère se révèle dans les institutions d'Angleterre.

Mais les controverses surgissent nombreuses dès qu'il s'agit de rechercher les origines du droit normand et son mode d'introduction en Grande-Bretagne. Divers systèmes ont été proposés, notamment en ce qui concerne la condition de la femme mariée ; aucun ne nous donne clairement l'explication d'un régime aussi étrange ; c'est qu'en effet les influences ayant agi sur la conscience juridique anglo-normande sont plus complexes et plus profondes que beaucoup d'historiens ne l'ont pensé.

Frappés d'une prétendue analogie entre la condition de la femme romaine et certains traits de la coutume anglo-normande, plusieurs commentateurs et historiens ont attribué la formation de cette coutume à l'influence du droit romain antéjustinien.

Les premiers partisans de la thèse furent Rouillé (1) et Sorin de Lessay (2). Plus tard, la même idée fut recueillie par Jacques Godefroy (3) et récemment par Caillemer (4). M. Viollet (5) enseigne encore aujourd'hui que l'influence directe du droit romain sur la coutume anglo-normande serait la meilleure explication des affinités de ces deux législations, et d'après lui, la loi des Wisigoths fut copiée en Neustrie dès la première moitié du ix^e siècle.

Cette théorie, combattue par Bérault et Basnage, est longuement réfutée par Houard dans son *Dictionnaire sur la coutume de Normandie* (6) « Les Neustriens, dit ce dernier, lors de leur établissement dans la partie des Gaules que nous habitons, avaient des lois tout-à-fait dif-

(1) *Grand coutumier du pays et du duché de Normandie*, avec plusieurs additions et le texte en latin, petit in-fol. Rouen et Caen, par Rouillé, 1539.

(2) *De consuetudine Normanniæ Gallicæ et latinæ liber auctore*, Tanigi Sorino Lessa. Cadoni, 1568, in-8°.

(3) *La coutume de Normandie*, par Godefroy, 2 in-fol., 1626 et 1771.

(4) Caillemer, *Le droit civil dans la province anglo-normande*.

(5) *L'histoire du droit civil français*, par Viollet.

(6) Houard, *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique, interprétatif de la coutume de Normandie*. Rouen, 1770, 4 vol. in-4°, t. I. Introduction, p. xi et suiv.

férentes de celles qui régissaient les provinces méridionales de ce royaume... Est-il question de déterminer la soumission due aux souverains, les divers degrés de juridiction, l'autorité des pères sur leurs enfants, des maris sur leur femme... de connaître la nature des biens, l'ordre dans lequel on doit y succéder, la forme en laquelle on peut en disposer, les droits que les maris, les époux, les enfants, les lignagers peuvent y prétendre, notre coutume est notre unique guide. »

Remarquons d'ailleurs que le droit romain classique consacrait le mariage *sine manu*, c'est-à-dire l'indépendance de la femme vis-à-vis du mari, le relâchement continu du lien conjugal, la soumission de chaque époux à l'autorité du *paterfamilias*, autant de principes qui sont en contradiction absolue avec ceux du droit anglo-normand. Sans doute, le droit romain renaissant exercera son influence dans les Cours de Justice Normandes et Anglaises (1); mais son action tardive et déformatrice sur une législation établie ne saurait être confondue avec une source primitive.

L'origine purement germanique de la coutume anglo-normande est soutenue principalement par Glasson dans ses deux ouvrages sur l'histoire du droit en France et en Angleterre (2). Le *mundium* des Germains serait devenu

(1) Houard, *loc. cit.*

(2) Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. IV, pp. 122 et suiv.; *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*,

rapidement en Neustrie la puissance maritime telle que nous la décrivent les anciens coutumiers et l'on pourrait même affirmer que c'est dans cette région anglo-normande que les institutions germaniques auraient subi le moins d'altération.

Pour Laferrière (1) enfin, c'est dans la législation scandinave qu'il faut chercher l'élément fondamental du droit anglo-normand. Les Northmen auraient imposé sur la terre franque, et ensuite en Angleterre leur coutume personnelle qui serait devenue, par le fait même de la conquête, la loi du vaincu. Sans méconnaître toutefois certaines influences d'un autre ordre, Laferrière recherche les diverses institutions qui auraient ainsi une origine danoise ou norvégienne, et d'après lui, l'incapacité de la femme mariée serait un produit authentique de l'ancienne législation des Vikings.

Ces divers systèmes ont le défaut commun d'isoler, quant à ses origines, la coutume anglo-normande et de ne pas apercevoir en elle les mêmes éléments et les mêmes influences qui ont contribué à l'élaboration des autres coutumes territoriales. Il est sans doute impossible de conclure à l'identité d'origine, mais non pas à l'analogie du mode de formation. Nous avons affirmé, et il ne saurait

t. II, pp. 94 et suiv. V. aussi pour l'Angleterre, Sir J. Pollock, *History of English law*.

(1) Laferrière, *Histoire du droit français*, 1858, t. V, pp. 625 et suiv. La théorie de l'origine scandinave de la coutume normande est également développée par Dareste, *Études d'histoire du droit*, pp. 279 et suiv.

être question de nier l'étrangeté juridique de la condition de la femme anglo-normande, mais ces particularités dues à des révolutions relativement récentes, ne doivent pas nous faire perdre de vue les assises plus anciennes et plus profondes, qui en constituent l'élément primordial.

I

Dès les premiers temps de la conversion des Gaules, l'Église s'empare rapidement de la conscience populaire et se trouve bientôt seule à lui fournir l'enseignement et la direction morale dont elle a besoin. La chute de l'empire romain, l'invasion des Francs, leur adoption de la religion nouvelle sont autant d'étapes dans les progrès de l'Église ; son influence s'étend bientôt à toutes les branches de l'activité sociale et va contribuer à constituer par son droit canon, par sa prédication, par le genre de vie qu'elle impose, la première assise du droit neustrien.

C'est en effet dans les paroles de l'Écriture Sainte que nous rencontrons les principes de la puissance maritale. L'idée fondamentale, tirée de la Genèse, est reproduite par saint Paul (1) : « *Mulieres viris suis subditæ sunt sicut Domino, quoniam vir caput mulieris.* » Voilà donc proclamé l'assujettissement de la femme à son mari et cette puissance du mari comme chef ne saurait être exprimée en termes plus énergiques. Dans la compagnie

(1) *Epistola B. Pauli Apostoli ad Ephesios*, v, 31.

conjugale c'est l'homme qui, à lui seul, représente l'intelligence et la volonté : « *Vir, caput mulieris.* » Remarquons jusqu'où va le texte apostolique ; il ne se contente pas d'affirmer la soumission de la femme à son chef, il déclare la puissance de ce chef absolue, indélébile, universelle : « *Sicut Ecclesia subjecta est Christo, ita mulieres viris suis in omnibus* » : la femme est donc soumise à l'homme « en toutes choses. » Vie physique, vie morale, vie juridique, l'être tout entier de la femme dépend de son mari, sans toutefois rien perdre de son individualité : union mystique qu'aucune législation païenne n'aurait comprise et saint Paul ne peut la comparer qu'à l'union du Christ et de son Église.

Nous n'avons encore qu'une idée bien imparfaite de la subordination de la femme chrétienne. Saint Paul a parlé jusqu'ici des pouvoirs du mari sur sa compagne : il veut que celle-ci soit obéissante et respectueuse : « *Uxor timeat virum suum.* » Mais à l'excès des devoirs de la femme on peut mesurer la profondeur de ses droits et le droit le plus sacré que la religion nouvelle lui accorde est celui d'exiger l'amour de son mari : « *Viri, diligite uxores vestras sicut et Christus dilexit Ecclesiam et seipsum tradidit pro ea.* » Commandement divin, sans précédent dans l'histoire du mariage et d'un prix inestimable à une époque où le droit « dur et froid comme une machine d'airain » soumettait les époux à des préceptes extérieurs, en méconnaissant les devoirs domestiques et le for intime des consciences. Les époux romains vivaient juridiquement et

moralement séparés : aucune loi ne les astreignait à la vie commune. Dans l'union chrétienne, l'homme doit aimer sa femme comme lui-même ; pour elle il doit accomplir tous les sacrifices : abandonner sa propre famille, se soustraire à l'autorité de ses parents, s'attacher à sa compagne pour ne jamais se séparer d'elle. Après le relèvement de l'enfance et de l'esclave, nous assistons ici au triomphe de la femme par l'Évangile ; devant la dignité de l'épouse, l'antique organisation de la famille s'écroule et les droits du *paterfamilias* s'évanouissent. La sujétion absolue de la femme vis-à-vis du mari n'a d'égal que l'amour inviolable qu'il lui doit.

De tous les succès des législateurs, aucun n'est plus précieux ni plus rare que de fonder un genre de vie et d'assujettir la conscience populaire à des actes sans cesse répétés, à des pratiques qui demandent l'adhésion de l'âme elle-même et qui semblent échapper à toute sanction. C'est à ce magnifique travail que se consacra dès les premiers siècles l'Église persécutée ; c'est ainsi qu'avec les seules ressources de la persuasion, de la charité et de l'héroïsme, elle fit pénétrer sur le sol gallo-romain et dans le pays qui fut depuis la Neustrie les principes nouveaux d'union conjugale qui restèrent le thème des coutumes futures. Après la conversion des Gallo-Romains, ce fut celle des Germains ; l'Église trouva en eux des hommes assez heureux ou assez grands pour s'incliner devant un autre commandement que la force et pour répondre à un autre appel que celui de leurs passions et de leur orgueil.

II

Chez les hommes de race germanique qui devaient démembrer l'empire d'Occident, la loi proprement dite n'existait pas ; c'était la coutume seule, conservée soigneusement par les anciens (1), qui régissait ces hordes barbares ; l'écriture même, d'après Tacite, leur était inconnue (2). Ce sont néanmoins ces envahisseurs qui vont renouveler la législation chancelante du monde romain ; qui, non contents d'envahir, de détruire et de massacrer, vont travailler à la reconstruction d'états nouveaux et préparer, dans la région du Nord-Ouest de la France, la deuxième assise du droit normand.

Sans doute, en matière de rapports entre époux, les Francs n'allaient apporter aucune règle juridique précise ; comme l'a démontré M. Lefebvre (3), le *mundium* german, si mal connu d'ailleurs à travers les sources de l'époque, ne nous apparaît que comme une sujétion générale et perpétuelle des femmes vis-à-vis du pouvoir familial, sans aucune analogie avec la puissance maritale que nous rencontrerons plus tard dans les diverses coutumes françaises (4). D'ailleurs les contradictions que l'on relève dans

(1) *Deutsche rechtsgeschichte*, p. 15.

(2) Tacite, *Germania*, 19.

(3) Lefebvre, *Introduction à l'histoire du droit français*.

(4) Là où le *mundium* s'est perpétué en vraie coutume, il s'applique aux femmes non mariées comme aux femmes mariées, par exemple chez les Lombards, les Saxons, les Alemans, plus tard

les sources (1) ont déconcerté bien des interprètes des antiquités germaniques. « Tantôt vous verrez la femme traitée comme l'esclave ou la brute, on la vend ou on l'achète pour de l'argent, tantôt vous verrez le farouche germain se courber avec respect devant celle qu'il a dépouillée et asservie : plus docile à ses conseils qu'il ne le serait à des ordres, c'est à sa voix qu'il prend les armes ou qu'il les dépose : car il la croit douée d'une sagesse plus qu'humaine et ses conseils sont à ses yeux des inspirations d'en haut (2). » Les sentiments élevés et généreux (3) que le Germain possédait déjà dans sa patrie d'origine se réveilleront soudain par des alarmes subites au contact de la civilisation chrétienne. Après avoir conquis la Gaule, il va s'incliner devant l'Église et recevoir de ses ministres l'enseignement divin, dont les préceptes relatifs aux rapports conjugaux pénétreront sa conscience comme si plusieurs siècles l'avaient préparée à les recevoir.

C'est ce Germain ainsi assagi et converti qui devait faire le droit français en commençant par le droit coutumier et le droit féodal. Dans les lois barbares du nord de la France nous ne trouvons que peu de dispositions sur le mariage ; la loi salique ne nous parle de la condition des femmes qu'au

aux miroirs de Saxe et de Souabe, et jusqu'à nos jours en certains cantons suisses.

(1) Tacite, *Germania*, 8 ; Edda Saemundar. Leipzig, 1860, v, 127.

(2) P. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 223.

(3) Tacite, *Germania*, 19.

titre LIX, *De Alodis*, c'est-à-dire « des successions » (1) ; c'est là que l'on rencontre la règle célèbre qui exclut les femmes de la succession à la terre tant qu'il reste des parents mâles.

La loi ripuaire, au contraire, dans son titre XXXVII, nous fait connaître, pour la première fois à l'époque franque, la participation de la femme aux *conquêts*, avec la notion nouvelle de collaboration des époux. Cette disposition, édictée en Austrasie, ne tarda pas à s'étendre en Neustrie ; nous y voyons en effet le formulaire d'Angers, puis celui de Marculf, attester l'existence d'un droit de *collaboratio* (2) et la possibilité pour chaque époux de disposer de sa part au profit de l'autre. D'ailleurs cette même disposition fut reprise et élargie par le capitulaire de 821 (3) qui l'a étendue à tout l'empire franc : « Volumus ut uxores defunctorum, post obitum maritorum, tertiam partem collaborationis quam simul in beneficio collaboraverunt, accipiunt ». L'influence de la loi ripuaire se fera sentir en Angleterre dans les lois d'Henri I^{er}, un des successeurs de Guillaume le Conquérant ; nous y voyons les coutumes matrimoniales exposées en des termes qui rappellent ceux

(1) Voir sur ce titre H. Ronsin, *Commentatio ad titulum legis Salicæ « De Alodis »*.

(2) Marculf, II, 3, 4, 5, 17, Ego et conjux mea..... de jure nostro transmittimus villas illas..... quod pariter stante conjugio adquisivimus. D^o I, 12, II, 7, Ego illa, dulcissime jugalis meus ille..... dono tibi..... tam de hereditate parentum, quam de comparatum, simul quod pariter laboravimus.

(3) Anségise, Cap. L, IV, 9.

de la loi franque ; il y est dit notamment que la femme reprendra à la dissolution du mariage « dotem, morgengab et tertiam partem de collaboratione. »

D'après les théories de M. Lefebvre, la loi ripuaire et le capitulaire de 821 contiennent en germe la communauté conjugale du ^{xiii}^e siècle, telle qu'elle fut pratiquée dans l'Ile de France. On peut être surpris, et Basnage semblait s'étonner de voir figurer ces textes législatifs parmi les sources de la coutume normande, si éloignée des principes de la communauté.

Mais pour comprendre l'évolution juridique de l'ancienne France, il faut se souvenir toujours que la coutume est vraiment la seule source du droit et que les quelques textes que nous possédons sont simplement « des fragments de construction plus solidement dressés par voie législative au milieu d'un système général où le droit demeure à l'état coutumier ». Considérons la région parisienne, nous y voyons se développer la communauté conjugale à côté et au-dessus des textes primitifs, puisque ceux-ci restreignaient au tiers la part de la femme, tandis que les droits de l'épouse allaient bientôt atteindre la moitié de la *collaboratio*. Beaumanoir, au ^{xiii}^e siècle, ne se souvient même plus ni de la loi ripuaire ni du capitulaire de Louis le Débonnaire, et pour lui le régime matrimonial de l'Ile de France, loin d'être la résultante d'un texte de loi, était simplement la règle conjugale que le peuple lui-même avait vécue et voulait continuer à vivre. Considérons la Normandie : les textes francs n'y ont ni plus ni moins

d'autorité que dans les coutumes du centre ; on les ignore, mais une vie nouvelle allait commencer. Pour que les prémices de la législation neustrienne deviennent la coutume normande, il faudra qu'une invasion agisse encore une fois sur ce droit en formation, et que les Scandinaves, après leurs expéditions répétées et leur établissement définitif dans l'ouest de la France, viennent y déformer la discipline conjugale en exagérant encore les prérogatives masculines.

III

Tous les traits de la condition juridique de la femme mariée normande existaient donc en germe dans le droit gallo-franc, et sans ses destinées ultérieures, la Neustrie aurait connu le régime de communauté et l'élévation parfaite de l'épouse au rang d'associée dans le ménage.

Comprenons bien quelles furent les conséquences de l'invasion scandinave. Pour Laferrière, ce fut une introduction pure et simple de lois septentrionales imposées par la force au pays conquis. Est-il exact d'attribuer à l'influence des Vikings un effet aussi complet et aussi rapide. Deux raisons principales nous obligent à rejeter ce système, d'une part, la barbarie même des envahisseurs et la terreur qu'ils inspiraient ; d'autre part, l'ascendant irrésistible qu'une civilisation avancée comme celle de la Neustrie devait exercer sur l'imagination des hommes du nord.

Entre la première et la dernière descente des Normands

en Gaule, près d'un siècle s'écoule. Employant un geure de guerre tout nouveau, les pirates scandinaves remontaient facilement les fleuves sur leurs barques à voiles ou à rames et jetaient ça et là sur les rives des bandes de pillards dont la discipline égalait l'intrépidité ; ils répandaient la désolation sur des contrées entières, si bien, que selon les chroniques contemporaines, « on n'y entendait plus un chien aboyer. » Les villes fermaient leurs portes, les seigneurs fortifiaient leurs donjons, les paysans s'enfuyaient au fond des forêts ; le découragement, succédant à la terreur, désarma le courage des indigènes, et, ne trouvant d'autres ressources que la résignation et la prière, le clergé qui voyait dans l'invasion un fléau de Dieu, faisait exposer les reliques, imposait des pénitences, ajoutait aux litanies un verset nouveau pour éloigner de leur pays les brigands scandinaves : « *A furore Normannorum libera nos, Domine.* » Comment comprendrait-on que les Gallo-Francis aient adopté les coutumes de ces Barbares et que le Christianisme de Gaule ait accueilli sans résister ce paganisme septentrional ?

C'est le contraire qui se produisit. Par son charme et sa richesse naturelle, par son ascendant intellectuel et moral la contrée qui devenait la Normandie fixa et adoucit ses farouches vainqueurs. « Une des principales préoccupations des indigènes auxquels venaient se mêler les Normands, c'était précisément la conservation de leurs anciennes coutumes et de leurs lois. Rollon y consentit, autant pour les satisfaire que pour donner à ses compagnons des ius-

titutions plus solides » (1). Ces coutumes s'imposaient au génie scandinave qui eut du moins le mérite d'en comprendre la portée et de s'incliner devant elles. Basnage affirme dans son discours sur les successions aux propres de Caux que Rollon laissa vivre chacun selon les anciennes coutumes. Ce point est confirmé par l'Histoire des Archevêques de Rouen qui fait résulter cette conservation des coutumes de l'entrevue de l'archevêque Franco avec le futur duc de Normandie (2).

En même temps le souvenir des dieux de l'Olympe scandinave s'effaçait. Le spectacle des vertus chrétiennes, le contact et les bienfaits croissants de la civilisation gallo-franque agissaient sur les imaginations ardentes et exaltées des Vikings. La France, où la terre était facile à cultiver, l'habitant doux à conduire, devenait pour eux une nouvelle patrie, tandis que la patrie des ancêtres disparaissait dans un lointain brumeux...

Et cependant, comme malgré eux, ils demeuraient et demeureront longtemps les « hommes du Nord » les vikings ou « enfants des anses ». Le Scandinave continue à traiter sa femme comme il le faisait jadis sur les bords de la Baltique. Du reste, il est le « roi de la mer » et le chef du combat ; tous s'inclinent devant lui, partout on le suit avec fidélité, toujours on lui obéit avec empressement ; vain-

(1) Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, pp. 350 et suiv.

(2) *Histoire des archevêques de Rouen*. par D. Pourmeraye, p 235.

queur de l'ennemi, maître de la tempête, « l'ouragan est à son service et le jette où il voulait aller (1). » Il a acquis son prestige par des années de fatigue et d'héroïsme, de souffrances et d'abnégation ; « depuis longtemps déjà il n'a pas dormi sous un toit de planches et n'a pas vidé la coupe auprès d'un foyer abrité (2). » Ajoutez à l'ascendant humain, le caractère surnaturel qui s'attache à sa personne ; il est initié à la science des runes, il sait lire sur le tranchant de l'épée, sur la poupe ou les rames du drakar, les signes révélateurs de la victoire ou préservateurs du naufrage (3). Sans doute sa puissance cesse après le combat ; sur terre, pendant la paix, à l'heure du festin, les guerriers se tendent mutuellement la corne remplie de bière, il n'y a plus ni chef ni soldat. Mais il est quelqu'un devant qui l'homme reste toujours le maître, c'est sa femme. Qu'a-t-elle fait pendant l'absence du héros, sinon élever les enfants, conserver la dignité du foyer, songer aux exploits du mari, reproduire en tapisserie ce qui parvenait à ses oreilles du bruit de l'épopée maritale ?... Peu de choses, somme toute, pour les imaginations scandinaves. C'est « l'homme qui se bat et qui conseille », c'est lui qui fonde des royaumes, qui se jette sur l'Angleterre ou la Sicile, qui revêt l'armure du pèle-

(1) *Hist. S. Eudmondi*, auctore Abbone floriac abbate, apud Surium in *Vit. sanctor.* ; novembre 20, t. VII, p. 441.

(2) *Inglinga Saga*, cap. XXXIV ; *Herinskringla*edr. *Moregs Konungasogor af Snorra Sturlusyer*, t. I, p. 43.

(3) *Edda Saemundar hiems froda*, t. II, pp. 195-197.

rin et part à la conquête du Saint Sépulcre. C'est lui seul par conséquent qui soit capable de gouverner la personne et les biens de sa femme ; il est naturel qu'il absorbe l'existence de celle-ci dans la sienne. Tout enflammée d'enthousiasme pour les mâles, la poésie scandinave présente inconsciemment de nombreuses analogies avec la philosophie et l'esthétique grecques : portrait physique, ou portrait moral, il n'est question que de l'apologie de l'homme et l'épouse elle-même semble oubliée.

C'est sous l'influence de cette vie nouvelle que se constitua définitivement la coutume normande.

On comprend que sous un régime éminemment guerrier, où la féodalité allait revêtir un aspect si sauvage, il y ait eu peu de place pour la franche et généreuse compagnie conjugale qui s'établissait au même moment dans l'Ile de France. N'oublions pas toutefois que la condition de la femme mariée anglo-normande existe en germe dès les premiers siècles de l'ère chrétienne ; et si cette coutume séculaire fut à ce point transformée par l'élément scandinave, c'est à force par lui de l'avoir faite sienne, et « la Normandie du ^x^e siècle, comme l'a dit Luchaire, fut l'une des provinces où s'est manifesté avec le plus d'éclat le génie français. »

En 1911 les Normands crurent célébrer leur millénaire. Ils se rajeunissaient de plusieurs siècles ; le nom de Normandie avait peut-être mille ans, mais l'âme normande a l'âge de la France.

Ayant étudié les origines du droit normand, nous con-

naissions par là même celles du droit anglais. Tout le monde est d'accord aujourd'hui pour reconnaître que les vainqueurs d'Hastings firent pénétrer leur coutume en pays anglo-saxon, non pas du jour au lendemain, comme on l'a cru parfois, mais assez rapidement, au cours de la « conquête politique » qui suivit de très près la « conquête territoriale ». Les Normands introduisaient en Angleterre une civilisation avancée. « Il l'emportaient sur les Saxons par la courtoisie de leurs mœurs chevaleresques, par un luxe délicat, par une connaissance plus complète des sciences et des lettres » (1). Sans doute, les Anglo-Saxons possédaient des coutumes organisées, mais elles tombèrent en désuétude après l'invasion normande pour laisser subsister seulement de légères traces, que l'histoire relève, mais qui furent sans influence sur l'évolution du droit.

Les Normands, en introduisant leur coutume, accomplirent une révolution profonde dans le développement de la législation anglaise ; la science du droit fut bientôt le monopole de leurs légistes, les tribunaux celui de leur fonctionnaires ; les explications scolastiques et tout un réseau de formules juridiques, analogues aux *legis actiones* de Rome, firent de la procédure ou mieux de la chicane quelque chose d'inaccessible à la plèbe anglo-saxonne. L'emploi de deux langues étrangères, le latin et le français contribuait à rendre intelligibles aux plaideurs les « writs » judiciaires enfermés dans les Cours de Chancel-

(1) Glasson, *Histoire du droit de l'Angleterre*, II, p. 18.

lerie comme le vieux droit quiritaire romain dans les arcanes des pontifes. Telle fut, en Angleterre, l'origine des rapports conjugaux que nous analyserons par la suite. L'invasion normande fut donc seule responsable de la vieille loi civile anglaise, si dure et si tyrannique, mais « qui a préparé le terrain sur lequel devaient croître et fleurir un jour toutes les libertés (1). »

(1) Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 239.

PREMIÈRE PARTIE

L'Ancien Droit Anglo-Normand

La fusion politique du duché de Normandie et du Royaume anglais eut pour conséquence directe d'assurer pendant plusieurs siècles une intime communauté de législation aux deux pays. Il importe donc de ne pas diviser cette étude de l'ancien droit, d'autant plus que les sources normandes ou anglaises peuvent être indifféremment consultées en deçà et au delà du détroit.

CHAPITRE I

INDÉPENDANCE DE L'UNION CONJUGALE

Indépendance de l'union conjugale vis-à-vis de toute autre puissance familiale, tel est le premier trait fondamental que nous révèlent les sources anglo-normandes. Nous le retrouvons d'ailleurs à peu près dans toutes les régions à cette époque. Que le mari soit maître de sa femme d'après les règles du droit anglo-normand, chef de la communauté selon le droit commun de la coutume de Paris, partout, sauf dans le midi de la France, c'est un principe nouveau que le « mariage émancipe » et constitue les époux en ménage distinct.

Nous disons que le principe est nouveau, et, en effet, rien dans la Rome antique n'affranchissait les époux de l'autorité du *paterfamilias*. D'après les règles du mariage *sine manu* qui était communément pratiqué à l'époque classique, chaque époux restait sous la puissance de son propre père; aucune association indépendante n'existait entre le mari et la femme, ni en ce qui concernait les intérêts qui demeuraient strictement séparés, ni en ce

qui regardait la vie commune dont le maintien ou la rupture étaient à la discrétion absolue des *patres*.

Sans doute, dès l'époque des Antonins, des tempéraments furent apportés à la règle primitive; la faculté pour le père de reprendre sa fille avec lui, au mépris de la foi conjugale, se renferma dans des limites plus étroites (1). Le Bas-Empire, sans méconnaître les droits du *paterfamilias*, vit apparaître la pratique des émancipations à l'occasion du mariage; dans les textes de l'époque, la femme ne semble plus autant disputée par la *patria potestas* à l'autorité du mari, et c'est ainsi que le droit romain s'acheminait lentement et timidement vers la notion supérieure d'indépendance du foyer. Toutefois les anciens principes de la *patria potestas* subsistaient et ce n'est pas dans la législation romaine, même de la dernière heure, que l'on peut découvrir le principe fondamental de l'union conjugale anglo-normande.

Avant même les premières invasions des Germains en Gaule, il existe une influence nouvelle sans cesse agissante qui va bouleverser l'antique organisation du mariage. L'Écriture Sainte deviendra le Code nouveau de l'union conjugale et de ses effets directs. C'est alors que se place le rayonnement de la maxime apostolique : « Relinquet homo patrem et matrem suam et adhærebit uxori suæ », et de cette autre qui en est inséparable : « Erunt duo in carne una (2). »

(1) Digeste, l. 43, t. XXX, l. 1, § 5.

(2) *Epistola B. Pauli Apostoli ad Ephesios*, v, 31.

Ces principes inspirent tous les contrats de mariage de l'époque et pénètrent la conscience populaire avec une incroyable efficacité. Pesons-en bien les termes pour en sentir tout le poids. « L'homme quittera son père et sa mère..... » Il ne s'agit plus, comme à Rome, de la puissance du *pater* seul, maître de la vie physique et juridique de ses enfants ; la mère est placée à côté de lui ; ensemble ils ont élevé leur enfant, ensemble ils abdiquent leur puissance en face d'une union nouvelle qui va vivre d'une existence indépendante. « Pour s'attacher à son épouse » ; voilà, en effet, le but désiré par l'Église, et sans lequel, selon la tradition canonique, le lien conjugal ne serait que la plus monstrueuse des tyrannies ; cette union des personnes, distincte de la communauté des biens, absente de la coutume anglo-normande, sera sans doute déformée par la suite dans le sens d'une exagération des prérogatives masculines ; mais il faut se la rappeler sans cesse pour comprendre ses destinées ultérieures.

Et ce ne sont, par conséquent, ni les Germains, ni les Scandinaves, ni les Saxons, ni les Angles, qui ont importé sur le sol conquis cette donnée juridique d'union conjugale indépendante de l'autorité paternelle. Mais empressons-nous de reconnaître que rien, dans le rudiment de conscience de ces barbares, ne s'opposait à l'adoption de la discipline chrétienne. Tacite nous apprend plusieurs siècles auparavant qu'il existait, au sein même des forêts d'Outre-Rhin, une pratique plus intime de

l'union conjugale qu'on ne la connaissait à Rome, que les parents de l'un et l'autre des époux présidaient aux destinées du ménage, mais sans le gouverner : précédents bien vagues sans doute, usages domestiques plutôt qu'institutions juridiques, mais dont l'inspiration si simple et si humaine, allait trouver un écho dans la parole même de l'Église.

C'est ainsi qu'a pu naître, grandir, s'épanouir, dans les milieux anglo-normands, cette notion moderne et supérieure en droit de ménage distinct, d'indépendance de l'union conjugale, et il était nécessaire de la bien comprendre avant d'aborder la condition de la femme engagée dans les liens de cette union.

CHAPITRE II

NATURE DE LA PUISSANCE MARITALE : SUBORDINATION DE LA FEMME ET « CONJUGAL UNITY »

L'incapacité de la femme se limite au mariage, commence avec lui, finit avec lui. Nous ne rencontrons dans la coutume anglo-normande aucune trace d'incapacité générale des femmes. Ni la théorie romaine de la *fragilitas sexus*, ni le *mundium* des Germains n'ont prévalu contre l'influence chrétienne qui faisait de la femme une « compagne semblable à l'homme » capable de le seconder et de le suppléer juridiquement. « Les filles et les femmes ne sont pas incapables à raison de leur sexe ; si le mariage les frappe d'incapacité, c'est à cause de l'état de dépendance où elles doivent se trouver vis-à-vis de leur mari, dans l'intérêt même de la prospérité de la famille (1). »

La femme veuve et la fille sortie du « sous-âge » jouissent d'une parfaite aptitude à gérer leur fortune et à accomplir les différents actes de la vie civile. « Les femmes, dit le *Très Ancien Coutumier*, peuvent disposer de leur héritage,

(1) Glason, *Histoire du droit de l'Angleterre*, t. IV, p. 148.

tout comme les mâles. » Elles peuvent, sans aucune autorisation, aliéner, à titre gratuit ou onéreux, s'obliger non seulement pour elles, mais pour autrui, agir ou défendre en justice (1).

La femme non mariée était également capable en droit public, il n'était pas rare de la voir « dame de fief » jouissant des prérogatives attachées à son domaine, prêtant serment entre les mains de son suzerain et recevant celui de ses vassaux (2). Sans doute elle n'accomplissait pas elle-même le service militaire ; appelée ou appelante en duel judiciaire, elle se faisait représenter par un champion ; mais ce sont là des modalités atteignant aussi bien un vieillard ou un infirme, sans altérer le fond de la capacité.

La femme non mariée nous apparaît donc à travers les sources anglo-normandes, comme pleinement maîtresse de ses actes et de ses biens : elle est « dame de soy ».

Elle cesse de l'être dès qu'elle est engagée dans les liens du mariage : « Non habet uxor potestatem sui, sed

(1) En ce qui concerne l'Angleterre, signalons toutefois, une exception résultant d'un acte du Parlement du règne d'Henri VI St. 13, H., VI, chap. III). Pour protéger les femmes qui, par violence ou par erreur, s'obligeraient conformément au « Statut Merchant », le Parlement autorisa la femme obligée de cette manière à solliciter un « writ » de la Chancellerie pour contraindre le contractant à comparaitre devant la Chancellerie à voir prononcer l'annulation de cette promesse. Le shériff était chargé de veiller à l'exécution de cette prescription, sous peine d'une amende de trois cents livres, moitié pour le roi, moitié pour la personne obligée.

(2) Houard, *Anciennes lois des Français*, pp. 118 et suiv.

vir (1). » C'est l'affirmation bien nette de l'incapacité de la femme mariée et de la puissance maritale sur la personne et les biens de l'épouse. Mais cette puissance du mâle existe dans toutes les législations primitives, abstraction faite de rares et étranges exceptions ; il importe donc de bien dégager les caractères profonds et parfois obscurs de la subordination de la femme en droit anglo-normand et qui constituent l'originalité de cette législation.

Les contradictions sont nombreuses dans les textes ; les commentateurs ne s'entendent pas pour expliquer les origines de cette puissance maritale ni en comprendre la portée. C'est qu'en effet, la coutume matrimoniale fut vécue en Normandie et en Angleterre longtemps avant qu'on ne songeât à la commenter ou même à en prendre conscience ; les traits les plus outrés de la règle conjugale existent de bonne heure et néanmoins leur exposition en termes scientifiques ne date que d'une époque relativement récente.

D'ailleurs, avant la conquête, les Anglo-Saxons avaient connu, comme les Neustriens, une pratique moins dure d'union conjugale et même certaines tendances de communauté (2). D'après les vieux poèmes saxons, la femme nous apparaît associée aux travaux et aux fêtes des hommes. « Elle

(1) Bracton, *Legibus et Consuetudinibus Angliæ Libri quinque*. Londoni, 1640, t. VI, p. 392.

(2) Cautney Stanhope Kenny, aux pages 10 et suiv. de son étude « *As to the effects of marriage on property and on the wife's legal capacity* », 1879.

parle et on l'écoute ; on n'a pas besoin de la cacher ou de l'asservir pour la contenir et la préserver (1). » Le régime militaire et féodal établi par les Normands des deux côtés du détroit devait contribuer à l'assujettissement de la femme vis-à-vis du mari. Il y a lieu toutefois de remarquer qu'au début du XII^e siècle, le despotisme marital avait pénétré dans les mœurs, mais sans constituer encore une coutume juridiquement formulée. Les expressions dont se servent les auteurs de l'époque, sans doute très imagées, reflètent la vie journalière, mais ne sauraient être prises pour l'énoncé d'une règle de droit. Nous y voyons que la femme est sous le « bâton ou férule du mari », et Bracton, lui-même, reproduisant la tournure de phrase de ses devanciers, dira : « Quædam sunt sub virga, ut uxores (2). » Le jurisconsulte entendra par là que la femme n'est ni *alieni juris*, au sens romain, ni en tutelle, comme le mineur, mais dans une situation de fait particulièrement énergique, « sous une main gantée de fer qui la rudoie mais qui la protège ».

Nous trouvons au *Très Ancien Coutumier* : « Le mari a seigneurie sur sa femme ; que les femmes ne peuvent avoir rien pour elles que tout ne soit à leurs maris ; que la femme étant en la poste de son mari, il peut disposer d'elle et de ses choses et de son héritage ». — Terrien, au XVI^e siècle, commentera cet article de la façon suivante :

(1) *Histoire du droit de l'Angleterre*, t. I, p. 6.

(2) Bracton, t. I, p. 46, *in fine*. Des expressions analogues figurent dans « *Fleta* ». Voir aussi Sir Pollock, t. II, p. 400, note 3.

« L'homme et la femme sont deux en une chair... Femme mariée ne peut faire aucun marché de nulle possession, ne rien vendre tant comme il vive, ni encombrer en derrière de lui qu'il ne puisse rappeler. Mais de ce que la femme est en la poste de son mari, il peut faire à sa volonté d'elle, de ses choses et de ses héritages et ne peut la femme rappeler ce qu'il fait, ni être ouye tant qu'il vive en derrière de lui (1). »

Ces lignes nous révèlent l'état du droit pratiqué tant en Normandie qu'en Angleterre, dès la fin du ^{xii}^e siècle. Elles nous montrent en deux parties bien distinctes, d'une part, la subordination de la femme à son mari, d'autre part, la main-mise du mari sur les biens, meubles et immeubles de sa femme. Remarquons les expressions qui figurent dans les textes : « deux en une chair ». C'est la parole de saint Paul qui reparaît dans le développement juridique et Terrien explique lui-même sa pensée en rapprochant de ce principe d'union des corps et des âmes cette donnée d'indissolubilité résultant du sacrement de mariage. « Quod Deus conjuxit, homo non sepatet. »

Un autre terme, qui figure à chaque instant dans les coutumiers, vient directement de l'influence chrétienne : « en la poste de son mari ». « Dieu a imposé cette loi à la femme, dit Terrien (2), qu'elle soit en la puissance de son mari comme il a dit à la première femme : « Sub viri

(1) Terrien, *Commentaires du Droit civil, tant public que privé observés au pays et duché de Normandie*, Rouen, 1654, liv. III, chap. 1.

(2) *Loc. cit.*

potestate eris et ipse dominabitur tui » ; et ainsi le commande saint Paul : « Mulieres viris suis subditæ sunt sicut Domino, quoniam vir caput mulieris. »

Dès que l'on songeât à expliquer juridiquement la règle conjugale sous laquelle on vivait, c'est donc à l'Écriture sainte que l'on eu recours ; c'est dans les exhortations de saint Paul que les commentateurs trouvaient les tempéraments nécessaires à la barbarie primitive de la coutume ; ainsi les anciens jurisconsultes recommandaient aux maris de ne pas abuser de leur pouvoirs de correction et même de permettre à leurs femmes, dans une mesure raisonnable, de répandre la charité autour d'elles par de pieuses dispositions testamentaires. « Verum tamen pium esset et marito valde honestum si rationabilem divisam uxori suæ concessisset quod plerique mariti facere solent ; unde merito commendabiles efficientur (1). » Glanville rappelait également, comme le fera Beaumanoir, en terre française, que l'épouse est tenue d'obéir à son mari, « in omnibus quæ contra Deum non sunt. »

La subordination de la femme n'a pas encore anéanti son existence juridique ; disons plus, elle la présuppose ; la femme a un chef, mais elle ne disparaît pas complètement derrière lui et l'on peut dire encore : *sunt duo*. Dès le début du xiii^e siècle, Bracton va nous faire avancer d'un pas dans l'évolution de l'existence juridique de la femme mariée : « Vir et uxor sunt quasi unica persona,

(1) Glanville, *Tractatus de legibus*, liv. VII, chap. v.

quia caro una et sanguis unus ; res licet sit propria uxoris, vir tam ejus custos cum sit caput mulieris (1). »

Bracton force le sens de la maxime apostolique ; il semble faire résulter du texte de saint Paul la notion de *persona unica*, sans s'apercevoir qu'il bâtissait une théorie nouvelle à l'encontre de la doctrine chrétienne et qu'il niait l'existence même de l'épouse alors que l'Évangile avait affirmé son individualité.

Si l'on examine de près l'œuvre de Bracton, on reconnaîtra que, sans doute, il a aperçu très nettement la notion de *persona unica*, mais sans en dégager les conséquences essentielles et sans bâtir une théorie d'ensemble. Chez Bracton, il n'est question de *persona unica* qu'au sujet de la *res uxoria* ou de l'*hereditas uxoris* et non pas de la *dos* ; sans doute, il en tire pour conséquence l'ingérence du mari dans les biens et la vie même de la femme ; il existe donc une unité juridique dont le mari forme la tête. « Quum sunt quasi unum corpus et diversæ animæ et quasi unum jus habentes (2)..... » « Res quæ petitur inter petentes non capit divisionem sicut inter virum et uxorem qui sunt quasi unica persona, quia caro una..... (3). »

Mais, en dehors de ces quelques données précises, Bracton fait appel à d'autres principes de droit pour expliquer les dispositions de la Coutume. Vout-il motiver la règle qui interdit les donations entre époux il évoquera

(1) Bracton, liv, V, trad. 5, chap. xxv.

(2) Bracton, t. III, p. 54.

(3) *loc. cit.*, t. VI, p. 392.

les motifs romains (1) sans songer, comme le fera Blackstone, à la règle de « conjugal unity. » Veut-il conférer au mari l'action née des délits commis envers la femme, il fera appel à l'idée de *manus*.

En résumé, pour Bracton, la règle fondamentale est toujours la subordination de la femme au mari, *vir caput et custos*, et selon lui elle doit être considérée comme responsable de ses délits dès qu'elle n'a plus « à se retrancher derrière son devoir d'obéissance (2). »

Le principe esquissé par Bracton fut repris, développé, consacré par Littleton : « Sa feme et lui ne sont fors que un person en ley (3). » Pendant le cours du mariage, mari et femme sont censés ne former qu'une personne en droit. Littleton ne se contente pas de poser la règle ; il en tire quelques-unes des conclusions qui se rattachent, selon lui, à cette idée que l'existence de la femme est *éclipsée* par celle de son mari (4).

Mais pour trouver une théorie complète de la « conjugal unity », il faut descendre au XVIII^e siècle. Blackstone ne recule devant aucune des conséquences de son principe : « Par le mariage, dit-il, l'homme et la femme ne sont, aux yeux de la loi, qu'une seule personne, car l'être ou l'existence légale de la femme est suspendue durant le mariage ou du moins incorporée et confondue avec celle

(1) *Loc. cit.*, t. I, p. 228.

(2) *Loc. cit.*, t. II, p. 518.

(3) Littleton, *Tenures*, liv. II, sect. 168.

(4) Blackstone, *Commentaire sur les lois anglaises*, t. II, p. 159.

du mari. » Cette fusion des deux personnalités aboutit, non pas à la création d'une troisième personne, analogue à la communauté de la coutume de Paris, mais à l'anéantissement de l'existence de la femme.

Blackstone s'appuie sur la tradition, et rappelle les expressions anciennes de « *feme obombrée* », « *feme covert* », « *fœmina cooperta* ; » le mari est qualifié de *covert baron* et pendant tout le temps du mariage, « la femme est sous la protection de son seigneur, et n'a d'autre couverture que de lui (1). »

Ainsi, l'homme et la femme ne formant qu'une seule personne, on comprend qu'aucune convention ne soit possible entre eux, qu'aucun transfert de propriété ne puisse intervenir de l'un à l'autre ; et en effet, on ne contracte pas avec soi-même, on ne vend ni on ne donne à soi-même.

Les donations entre vifs étaient interdites entre époux, même si elles étaient égales et irrévocables et les conventions antérieures au mariage se trouvaient résiliées de droit par le fait de la célébration, en vertu d'une sorte de confusion (2). Le testament du mari à la femme était possible, mais cette liberté était étroitement limitée ; remarquons d'ailleurs qu'il n'y avait pas là une atteinte au principe de la « *conjugal unity* », la disposition ne pouvant produire d'effets qu'après la mort du mari, c'est-à-dire après la séparation des personnes.

(1) *Loc. cit.*

(2) Blackstone, t. I, p. 304.

Mari et femme ne peuvent ester en justice l'un contre l'autre, témoigner l'un contre l'autre, en vertu des maximes : « Nemo in propria causa testis esse debet. Nemo tenetur seipsum accusare. » L'un des deux, en effet, ne saurait défendre l'autre sans se défendre lui-même, ni l'accuser sans s'accuser soi-même. Le juge Lusch, dans une affaire Philipps contre Barnet, résuma ainsi dans sa sentence, la situation juridique des deux époux, d'après le vieux droit civil anglais : « le mari ne peut pas stipuler avec sa femme, ou lui faire donation, et elle ne peut être accusée légalement d'avoir volé le bien du mari. Il est admis que si un mari est poursuivi avec des complices pour crime, la femme ne peut pas être témoin même contre les complices. On peut même affirmer, je crois, qu'aucun des époux ne peut acquérir de droits contre l'autre, ni par conséquent s'adresser à justice pour les faire reconnaître. »

Cette fusion des deux époux en une seule personne avait même fait admettre les conséquences les plus étranges. Si un bien avait été légué aux époux conjointement, cela constituait une tenure unique et entière (tenancy by entireties) (1), qui différait d'une tenure conjointe en ce que ni le mari ni la femme ne pouvait disposer de leur intérêt propre sans le consentement de l'autre. De même si un bien a été donné aux époux conjointement avec un tiers, les époux, étant réputés ne faire qu'une personne,

(1) Crawly, *Law of Husband and Wife*, p. 26.

n'acquéraient qu'une moitié, l'autre moitié devenait la propriété du tiers en tenure conjointe (1).

Blackstone voyait, dans cette absorption de l'existence de l'épouse, une source de garanties pour elle-même et pour la famille; et selon lui, « cette conception matrimoniale pouvait être regardée comme l'objet vraiment favori des lois d'Angleterre (2). »

Mais cette construction savante et relativement récente, qui resta jusqu'à la fin du XIX^e siècle la base du droit commun anglais, n'avait pas fait oublier en Normandie la donnée historiquement plus ancienne et juridiquement plus vraie de qualité conjugale d'individualité de l'épouse. L'absorption de la personnalité de la femme dans celle du mari exista dans les mœurs normandes comme en Angleterre, mais la théorie de la « conjugal unity » ne reçut son développement scientifique qu'au delà du détroit; cette remarque est essentielle si l'on veut comprendre l'histoire de la coutume dans les deux pays. — En Angleterre, la doctrine, réagissant sur la pratique, après s'être inspirée de celle-ci, consacra comme un dogme intangible la thèse de *persona unica*. — En Normandie, la femme sans doute est « obombrée » derrière son « baron », mais elle est surtout « subordonnée en toutes choses à son chef » ; juridiquement, elle n'existe pas, mais aucune formule scienti-

(1) Coke sur Littleton, *Institutes* ; et Littleton, *Tenures*, liv. III, sect. I, § 1.

(2) Blackstone, t. I, p. 304.

fique ne venant cristalliser la vieille coutume, celle-ci se départit peu à peu de sa rigueur et l'on vit réapparaître dès la réunion du duché à la Couronne de France la personnalité de l'épouse et son concours dans la vie conjugale.

CHAPITRE III

DROITS ET POUVOIRS DU MARI SUR LES BIENS DE SA FEMME

Par suite de l'unité de personne juridique et de la subordination de la femme, les biens de celle-ci, meubles et immeubles, devaient logiquement devenir la propriété du mari, avec pleins pouvoirs d'administration et de disposition. Nous allons voir dans quelle mesure l'absorption de la personnalité de l'épouse entraînait sur les biens de celle-ci la main-mise du mari. Nous diviserons les biens en quatre classes : real property, chattels real, chattels personal, choses in action. Il restera ensuite à examiner quel était, durant le mariage, le sort du passif de la femme.

§ 1. — REAL PROPERTY — PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

C'est une antique tradition en droit anglo-normand que l'anéantissement de la personnalité de la femme aboutissait à la main-mise du mari sur le patrimoine immo-

bilier de celle-ci. « Le mari a seigneurie sur sa femme, dit le Très Ancien Coutumier, les femmes ne peuvent rien avoir que tout ne soit à leurs maris. » La même idée se retrouve dans Glanville : « Quia cum mulier ipsa in potestate viri de jure fit, non est mirum si tam dos quam ipsa mulier et ceteræ omnes ipsius mulieris pene intelliguntur esse in dispositione viri ipsius. (1) » Le principe sera encore affirmé au xiii^e siècle dans le Grand Coutumier (2).

L'imprécision et aussi l'apparente généralité des textes pourraient faire croire que le mari jouissait sur les immeubles de sa femme des mêmes pouvoirs que s'il en était lui-même propriétaire; cette assertion serait inexacte. Houard dira au xviii^e siècle, mais en songeant encore à l'ancien droit : « Tout indique la supériorité du mari dans l'administration des biens, mais en même temps, tout l'avertit qu'il ne doit être qu'administrateur et non dissipateur. (3) »

Le mari est usufruitier des immeubles de sa femme, il touche les revenus, il acquiert les fruits jour par jour, il perçoit les rentes, il peut disposer à son gré et sans avoir jamais à rendre compte « des issues » du fonds. Son usufruit s'étend d'ailleurs à la fortune entière de la femme; la coutume anglo-normande se sépare ici bien nettement du système romain et des pays de droit écrit, où une partie des

(1) Glanville, liv. VI, chap. III.

(2) Grand Coutumier, chap. C, n^o 2.

(3) Houard, *Dictionnaire*, t. III, V^e mari.

biens, les paraphernaux, étaient soustraits notamment au droits d'usufruit du mari ; cette catégorie de biens est totalement inconnue en droit anglo-normand (1). N'allons pas en conclure que tous les biens de la femme y soient dotaux, mais la distinction importe peu, le droit de jouissance du mari s'étend aux biens dotaux et extra-dotaux, et à ce point de vue, tous les immeubles de la femme sont soumis à un régime unique.

Ce droit de jouissance du mari ne s'éteint pas à la dissolution du mariage ; pourvu que le lien conjugal fût valable, que l'immeuble ait été possédé au cours de l'union, qu'un enfant en soit issu capable d'hériter du bien, le mari bénéficiait, après le décès de sa femme, d'un droit viager sur l'immeuble ; cette prérogative qualifiée « droit de survie » en Normandie, prit le nom de « courtoisie » (*curtesy*) en Angleterre (2).

Au cas où le mari contractait un second mariage ce droit de jouissance ne s'étendait plus qu'au tiers des biens de la femme prédécédée.

Le droit d'usufruit du mari emportait déjà dans une certaine mesure celui d'administrer ; le mari est en effet l'ad-

(1) Il existait en Normandie et en Angleterre une certaine classe de biens appelés « paraphernaux » (Lehr, *Droit civil anglais*, p. 102 ; Matthews, *The law relating to married women*, p. 6) ; ces biens se trouvaient abandonnés à la femme ; ils comprenaient les vêtements et autres objets de toilette, les bijoux en rapport avec sa condition ; Blackstone y rangeait certains meubles meublants.

(2) Littleton, *Tenures*, liv. IV, art. 35 ; Basnage, sur l'article 382 ; Couvillus, *Institut Jur. Angl.*, liv. II, t. II, § 8.

administrateur légal des immeubles de sa femme ; libre au début, cette gestion ne comportait pas de redditions de comptes ; peu à peu, néanmoins, même dans l'ancien droit, il fut admis que, si le mari laissait les bâtiments tomber en ruine, s'il faisait des coupes de bois de hautes futaies, il devait récompense à sa femme des moins-values dont sa mauvaise gestion l'avait rendu responsable.

Cette restriction des pouvoirs du mari nous amène à envisager la plus grave de toutes, l'impossibilité pour lui de disposer de l'immeuble appartenant à sa femme. « Dans un bien réel, dit Blackstone (1), le mari acquiert droit aux rentes et aux profits durant le mariage, car les immeubles étant gouvernés par les principes féodaux, ce bien demeure tout entier à la femme après la mort du mari, ou retourne à ses héritiers si elle meurt avant lui. »

C'est donc moins par sentiment d'humanité pour la femme que l'ancienne coutume avait amoindri sur ce point les droits maritaux. Le régime féodal qui, dans l'intérêt de la famille, avait soumis si rigoureusement la femme à l'autorité de son mari, intervint là encore pour que celui-ci ne fit jamais sortir du patrimoine d'origine les immeubles appartenant à sa femme.

Malgré cette prohibition théorique, il n'était pas rare de voir le mari aliéner le fonds de sa femme ; non seulement celle-ci n'avait aucun moyen de s'y opposer, mais elle se trouvait parfois contrainte de recourir à l'acte, ne fût-ce

(1) Blackstone, *Commentaires*, loc. cit.

que pour ne pas s'exposer aux blâmes et aux corrections de son mari ; la femme, qui intervenait ainsi sous l'empire de la crainte ou de la violence, n'accomplissait pas un acte juridique ; il y avait là un pur fait sans influence sur l'invalidité de l'aliénation. Cette aliénation, quoique entachée de nullité, produisait tous ses effets normaux pendant le mariage, c'est-à-dire tant que le mari était investi de sa puissance ; ce n'est qu'à la dissolution de l'union que la sanction était encourue et que la femme pouvait revendiquer en nature l'objet de l'aliénation.

§ 2. — CHATTELS REAL OU LEASEHOLDS

Il y a lieu d'entendre par « chattels real ou leaseholds », une certaine catégorie d'immeubles qui ne sont pas des fiefs (1).

D'après Coke (2) les « chattels real » sont ceux qui ont pour objet des biens réels et participent en quelque sorte de leur nature, il cite comme exemple les baux et concessions pour un nombre d'années déterminé, le droit de faire la prochaine présentation à un bénéfice. Tous ces droits se rattachent à des immeubles, mais il leur manque pour pouvoir entrer dans la classe des fiefs ou « francs tenements » une durée indéterminée. En Angleterre, au

(1) Lehr, *Droit civil anglais*, p. 127.

(2) Coke sur Littleton, *Institutes*, pp. 11 et suiv.

moins jusqu'au règne d'Henri VIII, les tenanciers des « chattels » étaient de simples fermiers révoquables à volonté, le chattel ne comportant aucune investiture analogue à celle du « franc tenement ».

Quels étaient les pouvoirs du mari sur les « chattels real » de sa femme ? Il acquérait pleins pouvoirs de jouissance (1), il pouvait en disposer entre vifs, non par testament (2). En cas de survivance du mari, celui-ci avait droit, *jure mariti*, aux « chattels real » advenus à la femme durant le mariage. Si la femme survivait au mari, sans que celui-ci eût disposé des « chattels », elle les conservait définitivement, libres de toute charge du mari.

§ 3. — CHATTELS PERSONNELS

On appelle ainsi les *animaux, meubles meublants, bijoux, vêtements, numéraire*, en un mot, les « chattels » qui n'ont « aucune saveur de réalité ». Les « chattels personnels » sont, de leur nature, des meubles corporels, les biens incorporels rentraient dans une autre classe (3).

Par le fait du mariage, les « chattels personnels » de la femme devenaient la complète propriété du mari, il en

(1) Coke sur Littleton, *Institutes*, p. 46 a., 300 a., 351 a.

(2) Roper, *Treatise on Husband and Wife*, t. I, pp. 173 à 177.

(3) Sur l'origine du qualificatif « personnel » Coke sur Littleton, *Institute*, p. 118, C.; Blackstone, *Commentaires*, t. III, p. 331; Williams, *Personal property*, p. 2.

était de même pour tout bien de cette nature par elle acquis au cours du mariage (1). « Ipsa per se nullum catallum habuit nec habere potuit (2). »

La coutume ne faisait pas d'exception pour les gains et salaires de la femme émanant d'un emploi séparé ; le mari avait le droit de poursuivre le recouvrement de ces gains et salaires ; aucun paiement fait à la femme n'était opposable au mari, hors le cas où celui aurait donné son consentement exprès ou tacite.

Le mari peut, à son gré, disposer des chattels personnels de sa femme, soit par acte entre vifs, soit par testament, sans qu'il soit question d'une autorisation donnée par la femme, et ceci ne doit pas nous surprendre ; le mari ne peut-il pas disposer comme il lui plaît de sa propre chose ? Bien plus, au cas même où les chattels personnels sont restés aux mains du mari jusqu'à son décès, la femme n'y peut rien prétendre et sa fortune mobilière est recueillie tout entière par les « administrateurs et exécuteurs testamentaires du mari. »

§ 4. — CHOSES IN ACTION

Nous avons vu que les chattels personnels ne comprenaient pas les biens incorporels. Mais il arrivait quelque-

(1) Coke sur Littleton, *Institutes*, pp. 300, 351 B. Voir sur ce point, Comyns, *A digest of the English Laws*.

(2) Voir dans Kenny, *loc. cit.*, deux exemples pris dans les *abrev. placitorum*, pp. 41 et 96.

fois qu'on possédât un « droit d'action », c'est-à-dire la faculté de recourir aux tribunaux pour obtenir soit le remboursement d'une créance, soit des dommages-intérêts à raison de l'inexécution d'un contrat ou d'un préjudice causé. Les Normands appelaient ce droit *chose en action*, par opposition aux meubles corporels qu'ils qualifiaient de *choses en possession*.

L'absorption de la personnalité de la femme dans celle du mari ne produit pas des effets aussi complets en ce qui touche les « choses in action » que les « chattels personnels ». Les « choses in action » ne devenaient la propriété du mari que *sub modo*, selon l'expression de Blackstone ; le droit définitif et absolu du mari était subordonné à l'exercice par lui « pendant le mariage » de l'acte susceptible de faire « rentrer l'émolument ». Après la mort de la femme, et parce que les époux ont cessé d'être « une seule et même personne » (1), le mari ne peut plus exercer aucun droit au nom de la défunte (2). Si le mari prédécède sans en avoir opéré le recouvrement, le droit demeure sur la tête de la femme avec faculté pour elle de l'exercer (3).

Ces règles s'appliquaient indifféremment aux actions nées *ex delicto* et celles nées *ex contractu*.

Des difficultés s'élevaient dans la pratique sur la question de savoir quels actes du mari constituaient le « recou-

(1) Blackstone, *Commentaires*, t. III, pp. 333 et suiv.

(2) Coke sur Littleton, *Institutes*, p. 351 b.

(3) Coke, *loc. cit.*

vrement » prévu par la coutume. En général, c'était la réception d'un paiement ou l'obtention d'un jugement (1). Il ne suffisait pas qu'une somme ait été mise en réserve chez un tiers pour être ensuite versée au mari, ni que celui-ci ait touché les intérêts de la dette.

Ajoutons enfin que le mari pouvait céder à un tiers les « choses in action » de sa femme, pourvu que le cessionnaire ait soin de parfaire le titre en opérant le recouvrement avant la mort des époux.

Tel était le fonctionnement de ce curieux système qui faisait dépendre les droits du mari sur le mobilier incorporel de sa femme de l'accomplissement de ses pouvoirs d'administration.

§ 5. — PASSIF DE LA FEMME

Par le fait même du mariage, le mari était chargé des dettes de sa femme antérieures à la célébration. Les jurisconsultes des derniers siècles voyaient dans cette obligation du mari une conséquence de ses droits sur le patrimoine de sa femme.

En réalité, dans l'ancien droit, cette obligation n'existait pas *propter rem* ; le mari était tenu, même s'il ne s'était pas enrichi par le fait du mariage. La femme pouvait ne rien lui apporter en dot ; le mari n'en était pas moins

(1) Roper, *Treatise on Husband and Wife*, t. I, p. 221.

responsable sur ses biens personnels de toutes les obligations contractuelles ou délictuelles de sa femme.

Cette obligation résultait directement de l'unité de personne juridique et de ce fait qu'aucune action ne pouvait être exercée contre une femme mariée. Elle prenait donc fin à la dissolution du mariage.

Si la femme survivait à son mari, elle recouvrait sa personnalité distincte et redevenait pleinement responsable de ses dettes pré-nuptiales.

Au cas de prédécès de la femme, le mari n'était plus tenu des dettes de celle-ci que si un jugement avait déjà été prononcé contre lui. Le mari pouvait bien être encore poursuivi, après la dissolution du mariage, non plus en qualité de mari, mais comme administrateur de la succession de sa femme. Il y a lieu de remarquer que cette nouvelle obligation avait un caractère différent de l'ancienne ; au lieu d'être personnelle comme pendant le mariage et grevant le patrimoine propre du mari, elle ne le frappait plus que *propter rem* et n'atteignait que la succession de la femme dont il était l'administrateur (1).

(1) A côté des biens qui lui étaient réservés sous le nom spécial de *paraphernaux*, la femme avait déjà, sous l'ancienne coutume anglo-normande, droit à une pension annuelle, qualifiée de *pin-money* en Angleterre, *d'épingles* en Normandie ; cette pension était destinée à faire face aux dépenses de toilette de la femme, proportionnées au rang social du mari. — *Pin-money* et *paraphernaux* ont reçu en Angleterre un développement remarquable. Nous les retrouverons plus loin pour les comparer aux *biens séparés*, création de la jurisprudence d'équité.

CHAPITRE IV

INACTION JURIDIQUE DE LA FEMME MARIÉE

Les jurisconsultes anglo-normands nous ont enseigné que l'épouse, pendant toute la durée du mariage, était « obombrée », et placée sous « couverture de baron » ; ils ont répété que la femme cessait d'exister juridiquement par le fait de la célébration du mariage et ils en ont tous tiré cette conclusion qu'aucun acte de la vie civile ne pouvait être accompli par une femme mariée, même du consentement de son mari. Certains interprètes modernes en ont conclu que c'était là le fonds primitif de la coutume anglo-normande. Il s'agit de s'entendre, c'est évidemment la règle de conduite conjugale qui prit son plein essor à partir de l'installation des Scandinaves en Neustrie et qui dut se développer dans le royaume anglo-normand en deçà et au delà du détroit. Ce n'est pas la coutume séculaire qui, en Neustrie, avait affirmé la subordination de la femme, mais sans lui faire rien perdre de son individualité, qui l'astreignait à demander l'autorisation ou le concours du mari, mais reconnaissait une valeur juridique à l'acte ainsi régularisé par cette autorisation ou ce concours.

Quoi qu'il en soit, d'après le droit commun anglo-normand, la femme ne peut agir ni judiciairement, ni extra-judiciairement. Est-il question d'exercer un retrait lignager? C'est le mari qui l'exerce pour elle mais non avec elle (1). S'agit-il d'intenter une action de la femme, de défendre à un procès où celle-ci se trouve mêlée, c'est le mari qui joue le rôle de défendeur ou de demandeur; ne disons même pas qu'il représente la femme, mais qu'il agit pour lui-même et en son propre nom, puisque l'épouse n'a pas d'existence juridique.

Au point de vue criminel, si la femme commet un délit en présence de son mari, c'est le mari qui en est seul responsable, la femme étant supposée avoir agi sous la contrainte morale de celui-ci.

La femme quitte-t-elle son mari pour suivre un séducteur, le mari n'a d'action que contre le séducteur et non contre la femme. Peu importe d'ailleurs que la femme ait été enlevée par séduction ou violence; car la femme étant incapable de vouloir, il y a présomption absolue de violence (2).

Si nous passons maintenant aux actes extra-judiciaires, nous ne remarquons dans les coutumiers anglo-normands aucune donnée de collaboration des époux. Alors qu'à chaque instant dans Beaumanoir et les *Olim*, la femme figure à côté du mari pour acquérir, aliéner, contracter,

(1) Grand Coutumier, chap. C, n° 7.

(2) Blackstone, t. V, chap. VIII.

ici c'est le mari seul qui acquiert, aliène, contracte, relativement aux biens de sa femme comme il ferait les siens propres. Non seulement les donations étaient interdites, mais le testament lui-même était chose impossible pour une femme mariée (1).

Le mari ayant le monopole des actions de sa femme, il s'ensuit que s'il refuse ou néglige de les exercer, personne ne peut le faire à sa place et aucune autorité ne peut le contraindre à agir.

Bien plus, nous l'avons vu, la femme se trouvait parfois obligée de se prêter en fait aux actes voulus par le mari ; c'est un principe, en droit anglo-normand, que la femme ne saurait se refuser à consentir ce que son mari lui demande : « *Mulier enim in multis et in plurimis et fere in singulis viro suo obedire debet* (2). » Glanville dira lui aussi : « *Tenetur uxor in hoc sicut in aliis rebus, quæ contra Deum non sunt, ei assentire* (3) » ; le jurisconsulte en tirait même cette conséquence que si la femme tentait de résister à l'acte projeté par son mari elle s'exposait à être déchue de son droit.

Cet effacement de l'épouse devenait pour elle un avantage précieux : la femme ne pouvait se voir opposer

(1) Glanville, *loc. cit.*, liv. VII, chap. v. La femme accomplit parfois des actes juridiques pour les besoins du ménage. Elle est dans ce cas la mandataire, disons mieux, l'instrument du mari ; cela n'ajoute rien à sa capacité.

(2) Très ancien Coutumier, chap. IV, n° 2.

(3) Glanville, *loc. cit.*, liv. VI, n° 3.

après la dissolution du mariage ni ce qui avait été jugé contradictoirement ou par défaut contre le mari, ni les actes que celui-ci avait accompli avec ou sans le concours de sa femme, les eût-elle fortifiés de son serment, « ipsa volente vel forjurante (1). » « Non videtur, dit Glanville, quod per factum viri sui debeat mulier in tali casu aliquid juris amittere ; quia dum fuit in potestate viri sui in nullo potuit contradicere aut contraire ejus voluntati et ita non sibi potuit contra voluntatem viri sui in jure suo prospicere (2). »

Ainsi pendant le cours du mariage la femme est réputée étrangère à tous les actes de son mari la concernant et qui sont pour elle « *res inter alios acta* » ; eût-elle concouru en fait, d'une part, ce concours est sans valeur juridique, d'autre part, aux yeux de la coutume, il y a présomption absolue et permanente que la femme a agi sous l'empire de la crainte et de la violence. Le droit de l'épouse sera méconnu tant que le mari exercera sa puissance, c'est-à-dire jusqu'à la dissolution du mariage ; alors seulement se vérifie le viel adage : « Bien de la femme ne doit jamais se perdre. »

(1) Très ancien Coutumier, chap. IV, n° 1.

(2) Glanville, liv. II, chap. III.

CHAPITRE V

L'ANCIEN SYSTÈME DES PROTECTIONS DOTALES

Ce serait une erreur de croire que l'inaliénabilité dotale ne fut pratiquée en terre anglo-normande qu'après la renaissance du droit romain ; le principe est sorti du très ancien droit ; c'est alors qu'il se révèle avec toute son énergie et son originalité. Le jeu même des règles que nous venons d'étudier entraînait pour les immeubles de la femme une inaliénabilité absolue ; le droit romain, quoi qu'on ait dit, est totalement étranger à cette discipline archaïque.

Le Très Ancien Coutumier (1) énonce à plusieurs reprises que le mari ne peut engager le *maritagium* ou le *dotalitium* de sa femme, fût-ce en obtenant son concours ou même son serment ; au cas où le mari aurait passé outre à la prohibition, rien n'était perdu pour la femme à la dissolution du mariage : « Si vero sponsus maritagium vel dotem invadiaverit uxoris suæ ipsa volente vel forjurante præcepto mariti sui non tenebitur, sed mulier illa

(1) Très ancien Coutumier, chap. IV, n° 1 à 3 ; chap. LXXIX, n° 7.

habebit et integra sicut ei data fuerunt ante ostium Ecclesiæ (1). » Le Très Ancien Coutumier ajoute : « Ceterum mercator vel invadiator dotis vel maritagii viduæ æquivalens habebit escambium super hereditate heredis venditoris defuncti vel invadientis. Et si sponsus nullam habuerit hereditatem et catalla habuerit die obitus sui, de cattallis quibuslibet et sponsi et heredis reddetur pecunia mercatori; si vero nulla, nihil de nihilo mercator accipiet (2). »

C'est donc en nature que l'apport de la femme doit se retrouver, l'expropriation de l'acquéreur est affirmée dans les termes les plus explicites; peu importe que les héritiers puissent ou non l'indemniser par le transfert d'un autre immeuble de la succession, *escambium* ou au moyen d'une compensation pécuniaire; la femme n'a pas à souffrir de leur insolvabilité.

Malgré les dangers qu'il présentait pour les tiers et les entraves qu'il apportait à la circulation des biens, l'application de ce principe fut très fréquente et donna naissance à une jurisprudence abondante dont nous trouvons quelques traces dans le *Recueil des jugements de l'Échiquier de Normandie* (3) au cours du XIII^e siècle. Nous y voyons la femme réclamant, à la mort du mari, son *maritagium* ou son *dotalitium* contre l'acquéreur et ses héritiers. La

(1) Très ancien Coutumier, chap. IV, n° 1.

(2) Très ancien Coutumier, chap. IV, n° 3.

(3) *Recueil des Jugements de l'Échiquier de Normandie au XIII^e siècle* (1207-1270) Léopold Delisle, Paris, 1864.

Curia n'examine que subsidiairement la question de l'*escambium* à fournir à l'acquéreur évincé; l'objet essentiel de la décision est le retour du fonds en nature dans le patrimoine de la femme : « *terra mulieri reddatur* (1) » ... « *domina... habebit terram* (2) » ... « *ipsa mulier dotem recuperabit* » (3). Les juges ne se préoccupaient pas non plus de la question de savoir si la femme avait consenti à l'aliénation, si elle avait concouru à l'acte ou avait donné mandat à son mari, si le mari avait présenté l'aliénation au nom de sa femme ou au sien : « *Judicatum est quod domina Katerina de Cadros habebit terram suam quam maritus suus impedivit et tradidit Caloto Judeo, non obstante hoc quod maritus suus eam attornasset loco sui* (4). »

A cette époque, c'est-à-dire vers la fin du ^{xiii}^e siècle, cette procédure de reprise du bien de la femme faisait déjà l'objet d'un titre spécial au Grand Coutumier (5).

Tels étaient les principes rigides de protection dotale dans l'ancien droit anglo-normand; bon marché était fait de la sécurité des tiers, de l'intérêt même du mari et du ménage; c'est à peine si on entrevoit dans Glanville (6) la possibilité d'un simple dédommagement accordé à la femme, quand il surgirait un obstacle à la reprise du bien

(1) *Loc. cit.*, n° 317.

(2) *Id.*, n° 552.

(3) *Id.*, n° 440.

(4) *Id.*, n° 552.

(5) Gr. Cout., t. C, *De brevi maritagii impediti*.

(6) Glanville, liv. VI, n° 11 et 13.

entre les mains de l'acquéreur; c'est déjà l'idée du remploi, mais qui ne prévaudra que plus tard et seulement en Normandie.

Ce système primitif résultait d'ailleurs tout naturellement du jeu même de la discipline conjugale et l'excès de la protection dotale à la dissolution du mariage correspondait trait pour trait à l'effacement de la femme au cours de l'union.

Dumoulin expliquait la sauvegarde assurée aux épouses normandes par ce fait que, d'après les mœurs du pays, elles y sont assujetties comme des « servantes », exposées aux menaces et aux autres manœuvres de leurs maris, trop souvent avides, rusés et despotes : « Ratio constitutionis est quoniam in Neustria mulieres sint ut ancillæ multum viris suis subditæ, qui sunt avari et fraudatores ut plurimum, ita quod præsumptio fraudis est in viro Normanno et justi timoris in fœmina habitante in Neustria propter mores loci (1). »

A travers les saillies de cette boutade, on reconnaît le principe directeur du vieux droit anglo-normand.

(1) Dumoulin, t. III, p. 356, col. 2.

DEUXIÈME PARTIE

L'évolution de la capacité de la femme mariée en Normandie et en Angleterre.

Pendant plus de quatre siècles, la fusion politique du duché de Normandie et du Royaume anglais avait assuré aux deux pays, malgré les nuances que nous avons observées, une parfaite communauté de législation. Les jurisconsultes allaient jusqu'à penser que l'étude des coutumiers anglais était nécessaire pour la compréhension des textes normands.

A partir d'une certaine époque qu'il est difficile de préciser, l'évolution de la coutume commence en Normandie; la condition des femmes s'adoucit peu à peu; l'épouse jusqu'ici « obombrée » pénétrera assez vite sur la scène de la vie juridique.

En Angleterre, la *common law* se perpétuera sans aucun changement jusqu'à la fin du xix^e siècle, époque où furent

votées les lois émancipatrices de la condition de la femme mariée; jusque là, malgré les progrès réalisés par les siècles, le droit commun resta immuable; à l'exemple du préteur romain, la jurisprudence se vit dans la nécessité d'intervenir et de créer un *jus honorarium* à côté du *jus civile*.

Nous étudierons successivement dans cette seconde partie l'évolution de la coutume normande et les efforts de la jurisprudence anglaise.

TITRE I

L'évolution de la coutume normande

L'absorption complète de la personnalité de la femme dans celle du mari dura peu en Normandie. Dans les cartulaires du haut moyen âge nous voyons la femme agissant avec son mari ; sans même parler des précédents de l'époque carolingienne dont nous trouvons l'illustration frappante dans les formulaires d'Angers et de Marculf, il en existe une preuve dans le précieux cartulaire de la Trinité de Rouen dont certains actes remontent au règne de Guillaume le Conquérant (1).

Le concours de la femme avec le mari concerne non seulement les biens propres de l'un ou l'autre des époux, mais certains biens qui semblent communs sans trace d'inaliénabilité. Cette tendance à communauté qui semblait alors s'étendre au-delà du cercle étroit des bourgages, ne fut abandonnée qu'après la conquête normande, et

(1) Voir notamment n° 58, daté de 1063, n°s 14, 68, 79, 81, etc.

en même temps tout concours de la femme avec le mari disparut.

Mais nous voyons ces pratiques renaître dès le milieu du ^{xiii}^e siècle. Déjà au Grand Coutumier, en 1254, nous distinguons nettement la reconnaissance d'une certaine personnalité de la femme; il en résulta pour l'épouse l'élargissement de ses droits et de ses pouvoirs sur son patrimoine, le développement de son activité juridique; nous constaterons parallèlement la diminution de ses protections dotales, sans que ses intérêts puissent toutefois être jamais compromis.

N'oublions pas que l'influence de la coutume de Paris ne fut pas étrangère au développement de la Coutume normande. C'était d'ailleurs un fait général au ^{xv}^e siècle. « La doctrine prit pour type normal le droit de la Coutume de Paris, à laquelle on s'efforça de ramener toutes les autres, lorsque le texte ne s'y opposait pas absolument; cet ascendant, la Coutume de Paris le conquit naturellement, non seulement par l'attrait et l'influence propres à la capitale, mais surtout parce qu'elle eut les plus nombreux et illustres commentateurs (1). »

Or, le droit de l'Ile-de-France avait toujours admis que l'épouse était l'associée du mari, agissant de concert avec lui, possédant des droits propres sur son patrimoine, les exerçant sous certaines conditions, notamment avec l'autorisation maritale. C'est au contact de cette coutume

(1) Esmein, *Cours d'histoire du droit français*, p. 357.

que le droit normand retrouvera quelques-uns des principes qui lui étaient propres avant l'invasion scandinave et qui sommeillaient depuis dans la conscience populaire.

Enfin, comme dans les autres provinces françaises, le droit romain renaissant agira sur la coutume normande. « Il est certain, dit Houard, que sous les premiers ducs de Normandie, le droit romain n'était pas suivi dans leur gouvernement ; ce n'est que vers le milieu du ^{xii}^e siècle que Vacarius, Lombard de nation, depuis abbé du Bec, fut appelé à Oxford pour l'enseigner (1). »

Le droit romain eut peu d'influence sur le fond même des institutions anglaises. En Normandie, au contraire, nous verrons les commentateurs faire appel bien souvent à la théorie de la loi Julia, du Velléien et de l'Authentique pour expliquer les principes nouveaux de protection dotale et d'incapacité de l'épouse.

Mais, d'une façon générale, il ne faudrait pas s'exagérer le rôle joué par le droit romain en Normandie. « Le droit romain, dit encore Houard (2), n'est pour nous qu'un recueil d'opinions qui ne méritent d'être respectées qu'autant qu'elles sont conformes à notre droit particulier. » « *Legum romanorum est utilis auctoritas, sed non adeo vim suam extendit ut usum viveant aut mores* (3). »

Quelle que fût l'évolution subie par le droit normand

(1) Houard, *Dictionnaire*, introduction, p. xxxviii.

(2) Houard, *loc. cit.*

(3) Oberti de Orto, *Defendis*, t. I, cité par Houard, *loc. cit.*

nous ne le verrons jamais se départir complètement de l'exagération des prérogatives masculines, ni de cette rudesse archaïque dont il fut subitement empreint lors de la venue des Northmen. Malgré les progrès accomplis dans la condition de la femme mariée, il restera vrai jusqu'à la fin de l'ancien régime que l'épouse ne saurait « contredire » à la volonté de son mari, si bien que les commentateurs du xviii^e siècle pouvaient encore, sans exagération, qualifier la coutume normande de « Coutume des mâles. »

CHAPITRE I

RESTRICTIONS APPORTÉES AUX DROITS DU MARI SUR LE MOBILIER DE LA FEMME

Aucun changement ne fut apporté aux droits du mari sur les immeubles de la femme ; mais, en ce qui concerne le mobilier, une réforme radicale fut accomplie au moment de la rédaction de la coutume en 1583 ; il résulta de cette innovation que le mari cessa d'être propriétaire d'une notable partie du mobilier de sa femme. Cette réforme se trouve contenue dans les articles 511 et 390 de la Coutume.

Aux termes de l'article 511, « les deniers donnés pour mariage à des filles par père, mère, aïeul ou autres ascendants ou par les frères, destinés pour être leur dot, sont réputés immeubles et propres à la femme, encore qu'ils ne soient employés ou consignés. » Il en était de même des deniers donnés par des tiers en faveur du mariage, à charge toutefois d'être « employés en achats d'héritages ». Cette fiction avait pour but de conserver à la femme ce qui lui advenait pour « tenir son nom, côté et ligne », et d'enlever au mari la plus grande partie des biens dotaux.

C'était une première atteinte aux droits du mari sur les meubles de la femme (1).

Il fut décidé, d'autre part, dans l'article 390 de la Coutume, que les droits du mari sur le mobilier de la femme seraient subordonnés à l'existence et à la quotité du « don mobil. »

On entend par « don mobil » une donation faite au mari par la femme dans le contrat de mariage et comprenant généralement le tiers des immeubles et la totalité des meubles de la femme. Or, aux termes de l'article 390, si les meubles échus à la femme pendant le mariage « excèdent la moitié du don mobil fait au mari », celui-ci n'acquiert que la moitié des meubles et doit employer l'autre moitié en « héritage », c'est-à-dire en achats d'immeubles ou en rentes. Cette disposition était une garantie précieuse pour la femme ; malheureusement l'ambiguïté de l'article 390 suscitait des difficultés pratiques et Basnage se demandait : « si le mari était tenu à quelque emploi lorsqu'il n'y avait pas de don mobil et en cas qu'il y serait obligé, quelle portion il en devait remployer. »

Un arrêt de règlement du 26 février 1639 mit fin aux controverses en décidant « que le mari devait remployer la moitié des meubles échus à sa femme pendant le mariage même s'il n'avait pas été fait de don mobil ».

La partie du mobilier abandonnée au mari en pleine propriété se trouvait donc singulièrement réduite. Les

(1) Voir arrêt de règlement du 29 janvier 1721.

meubles ainsi réservés à la femme continuaient d'être affectés à l'usufruit marital, complété par de larges pouvoirs d'administration ; mais cette gestion cessa d'être libre et le mari pouvait être déclaré responsable sur ses propres biens des restitutions éventuelles dues à sa femme.

CHAPITRE II

CAPACITÉ D'ALIÉNER DE LA FEMME MARIÉE

Rejetant l'ancien principe d'inaliénabilité en même temps que d'inaction absolue de l'épouse, l'article 538 de la coutume réformée, détermine les cas dans lesquels l'aliénation des immeubles de la femme est valable. Cette disposition doit être complétée par l'article 124 des « Placités » de 1666 qui autorise la femme mariée à passer relativement à ses immeubles des contrats d'échange et de « fief », avec conditions fixées par l'article 538 de la Coutume.

Pour que l'aliénation fût valable, il fallait qu'elle fût faite par la femme, de l'autorité et du consentement de son mari, ou par le mari du consentement de sa femme.

La femme nous apparaît ici comme subordonnée à son chef, mais jouissant d'une existence propre ; or, si nous nous reportons aux principes relatifs aux pouvoirs du mari sur les biens de la femme, nous comprendrons que celle-ci puisse aliéner son immeuble, puisqu'elle en est propriétaire ; il n'y a rien d'étonnant non plus à ce qu'elle

ait besoin du concours de son mari, dont l'aliénation va diminuer le revenu.

Quelle était la nature de cette assistance maritale ?

Basnage enseigne « que cette autorisation du mari n'est point requise comme une forme nécessaire, mais seulement afin que les femmes ne puissent contracter au préjudice du respect et de l'autorité maritale et donner atteinte au droit qu'a le mari d'être le maître des actions de sa femme et de jouir des fruits de son héritage (1). » Pour Basnage, l'article 538 n'exige que le consentement du mari ; il ne serait nullement question d'une formalité indispensable à la validité de l'acte et devant y être insérée d'une façon expresse.

Mais cette opinion ne semble pas avoir prévalu dans la pratique. D'après la plupart des auteurs et des arrêts, l'article 538 ne se borne pas à exiger le consentement du mari ; il parle de l' « autorité » à côté du consentement. « Or, dit Pesnelle, l'autorité a quelque chose de plus que le consentement, car l'autorité suppose une puissance de ceux qui autorisent sur les personnes de ceux qui doivent être autorisés. » Il était admis en jurisprudence : 1° que l'aliénation faite par la femme sans l'autorité de son mari était nulle et ne pouvait être validée par un consentement subséquent ; 2° que cette « autorité » du mari devait être expressément stipulée à l'acte d'aliénation.

Cette dernière explication semble conforme au but

(1) Basnage, *Œuvres*, t. II, art. 538.

voulu par la coutume. De quoi s'agit-il en effet dans l'article 538 ? De mettre l'aliénation à l'abri d'une voie de recours particulière accordée à la femme par l'article 537 pour rentrer en possession de ses biens « moins que dûment aliénés » ; or, pour que le bien de la femme soit dûment aliéné, il faut que la formalité de l'article 538 soit observée ; faute de quoi, l'acte est nul et le consentement du mari donné après coup ne pourrait que préjudicier gravement à la femme en la privant d'un droit acquis ; en effet du jour même où l'acte nul a été passé, il y avait droit acquis pour elle à rentrer en possession de son immeuble.

Il ne s'agit donc pas, comme le pensait Basnage, d'un simple droit pour le mari, ni d'une sauvegarde de sa puissance ; nous voyons le droit normand s'engager dans une voie nouvelle et faire appel à la théorie romaine de la *fragilitas sexus*. La Coutume se méfie de l'inexpérience de la femme qui était restée pendant plusieurs siècles, ne l'oublions pas, dans l'inaction la plus absolue ; elle veut non seulement que son mari l'autorise, c'est-à-dire la conseille, mais aussi qu'il l'accompagne jusqu'à l'achèvement de l'acte d'aliénation, que pas un instant il ne se désintéresse de la signature de sa femme et que l'acte lui-même constate sa présence jusqu'au dernier moment.

Si le mari aliène l'immeuble de sa femme, aux termes de l'article 538, il ne peut le faire qu'en obtenant son consentement. A la différence de l'assistance maritale, ce

consentement de la femme peut être donné après coup (1); il ne s'agit en effet que d'une simple ratification de l'acte passé par le mari, emportant renonciation par la femme au droit d'inquiéter le tiers acquéreur (2).

(1) Roupuel de Chenilly, sur l'article 538.

(2) Le mari ne peut exercer seul l'action en partage du bien de sa femme, alors même que la femme interviendrait dans la formation des lots, car le partage constitue une sorte d'aliénation.

CHAPITRE III

INCAPACITÉ DE S'OBLIGER DE LA FEMME MARIÉE

Nous venons de voir que la femme pouvait aliéner son immeuble dotal, moyennant certaines conditions précises édictées par la coutume. Il ne faudrait pas en conclure qu'elle pût l'hypothéquer ou même l'engager par ses obligations. Une prohibition particulièrement énergique frappait la femme mariée en ce qui concernait les obligations qu'elle contractait avec son mari.

On serait tenté de croire qu'ici l'ancienne incapacité de la femme mariée avait subsisté et que la protection dont celle-ci était entourée était une survivance du vieux droit normand. Il n'en est rien cependant ; le motif de la prohibition n'est plus le même ; les commentateurs de la coutume réformée n'hésitent pas à faire appel au sénate-consulte velléen, à voir dans la nouvelle disposition une conséquence de la *fragilitas sexus* et par conséquent l'étendent aux femmes veuves et non mariées comme aux femmes mariées. Cet usage fut consacré par la jurisprudence et ne tarda pas à faire partie intégrante du droit coutumier ; il était même devenu un principe d'ordre public pour la Nor-

mandie au début du xvii^e siècle, si bien que l'édit d'Henri IV de 1606 abrogeant le velléien ne fut jamais enregistré par le Parlement de Rouen ; depuis, le sénate-consulte, renforcé par l'Authentique *Si qua Mulier*, continua d'être appliqué dans toute sa rigueur.

Des décisions nombreuses vinrent sanctionner la prohibition pour la femme mariée de s'obliger (1). Il résulte même de deux arrêts du Parlement de Rouen, en date des 3 août 1660 et 23 août 1683 (2, que la femme ne peut, par son contrat de mariage ou autrement, renoncer au bénéfice du « velléien. »

Pour comprendre certaines difficultés qui surgirent dans la pratique, il y a lieu de remarquer que cette prohibition de s'obliger dont étaient frappées les femmes mariées reposait sur un double motif : incapacité personnelle affectant la femme elle-même, indisponibilité réelle frappant l'immeuble. Il en résultait qu'une femme normande, qui, de par son statut personnel, ne pouvait contracter valablement aucune obligation, n'engageait jamais ses immeubles mêmes situés dans une autre province. Mais on se demandait si, par exemple, les femmes domiciliées à Paris pouvaient engager leurs immeubles situés en Normandie ; en d'autres termes les articles 539, 540 et 542 de la Coutume, étendus par la jurisprudence aux cas

(1) Voir la jurisprudence rapportée par Bérault sur l'article 538 de la Coutume : arrêts des 6 juillet 1565, 6 novembre 1601, 18 mars 1601, 17 juillet 1614.

(2) Basnage, *Œuvres*, t. II (sur les art. 538 et 391 de la Coutume).

d'obligations contractées par la femme, avaient-ils un caractère réel et affectaient-ils directement l'immeuble lui-même?

La question fut longuement discutée avant d'être tranchée définitivement en doctrine et en jurisprudence.

D'après une première opinion, la femme domiciliée à Paris pouvant s'obliger conjointement avec son mari, il était nécessaire que ses immeubles, en quelque lieu qu'ils fussent situés, pussent être saisis et « hypothécairement poursuivis » par le créancier. Pourquoi la coutume normande, disait-on, a-t-elle réglementé les aliénations et prohibé les obligations de la femme mariée? Ce n'est pas par suite « d'un privilège viscéral » « attaché à l'héritage » mais en vertu de l'incapacité personnelle de la femme mariée. L'insaisissabilité de l'immeuble, ajoutait-on, n'est que la sanction de l'incapacité; elle doit donc disparaître dès que la femme est capable. On en concluait que, sans distinguer le lieu où l'immeuble était assis, l'hypothèque devait le frapper si l'obligation personnelle, dont elle n'est que l'accessoire, avait été valablement contractée.

D'autres interprètes, au nombre desquels figuraient les praticiens les plus considérables du Parlement de Rouen, pensaient que les articles 538 et suivants de la Coutume étaient réels et que la prohibition frappait les immeubles situés en Normandie, nonobstant la validité de l'obligation contractée dans le ressort d'une autre coutume. Les partisans de cette théorie faisaient surtout valoir le danger que

pouvait présenter le système précédent : « un mari dissipateur ou une femme emportée de passion et de désir de faire avantage à son époux » pourraient facilement éluder la prohibition de la coutume en transférant leur domicile dans une province où la femme aurait la faculté de s'obliger, pour ensuite faire vendre l'immeuble en vertu de l'obligation valablement contractée.

Basnage enseignait que la femme mariée à Paris ne pouvait hypothéquer ses immeubles situés en Normandie. « Il ne suffit pas, disait-il, de dire que, quand il s'agit de la capacité de contracter, l'on considère le temps du contrat, car cette maxime n'est véritable que quand il s'agit du fait de la personne et non de la réalité de la Coutume. Il en résulte qu'au moment d'exécuter une obligation sur un immeuble, on doit envisager non pas la coutume du domicile des contractants, ni du lieu où le contrat a été passé, mais de la situation de l'immeuble (1).

Cette doctrine fut consacrée par la jurisprudence des Parlements de Paris et de Rouen.

Aux termes d'un arrêt du 6 septembre 1664 de la première Chambre des Enquêtes du Parlement de Paris (2), il fut décidé qu'une femme mariée domiciliée dans le ressort de la Coutume de Senlis, dont le contrat de mariage avait été passé à Rouen, avait pu valablement s'obliger par différents contrats, mais que ces obligations ne pou-

(1) Basnage, *loc. cit.*

(2) Froland, *Mémoires sur le sénatus-consulte Velléien.*

vaient être exécutoires sur des biens situés en Normandie.

Froland, qui rapporte cet arrêt, insiste sur l'importance de ces dispositions. « Il est établi, dit-il, que l'état de la femme par rapport à sa capacité pour s'obliger est divisible, c'est-à-dire qu'elle peut hypothéquer certains biens qui sont sous des coutumes libres sans pouvoir hypothéquer ceux de Normandie » (1).

Un autre arrêt de la deuxième Chambre des Enquêtes du même Parlement du 7 septembre 1685 annula les saisies pratiquées sur des immeubles situés en Normandie en exécution des obligations contractées à Paris par une femme mariée sous le régime de communauté. Il fut même admis par arrêt du 17 décembre 1722 que les héritiers de la femme pourraient, après dix ans, faire annuler les actes de cautionnement par elle consentis sans avoir à recourir aux lettres de restitution.

Le Parlement de Rouen eut bientôt une jurisprudence conforme à celle du Parlement de Paris.

Basnage fit admettre à deux reprises (2), dans des affaires où il plaidait l'insaisissabilité d'immeubles sis en Normandie, que l'incapacité de la femme était personnelle,

(1) Froland (*loc. cit.*) rapporte divers arrêts du Parlement de Paris dans le même sens :

1° Arrêt du 13 au 21 août 1686 (Grand'Chambre) ;

2° Arrêt du 4 septembre 1688 (3° Chambre Enquête) ;

3° Arrêt du 20 juin 1689 (Grand'Chambre) ;

4° Arrêt du 26 août 1701 (4° Chambre Enquêtes).

(2) Arrêts du 9 mars 1679 et 18 juin 1682.

mais que les articles 539 et 540 renfermaient une prohibition réelle.

Enfin le Parlement de Rouen jugea par arrêt du 20 décembre 1707 (1) qu'un créancier n'avait pu « en vertu de l'obligation d'une femme mariée domiciliée hors la province de Normandie et de la condamnation qui en avait été prononcée contre elle et son mari par arrêt du Parlement de Paris, décréter ses biens dotaux qui étaient situés en Normandie » et la saisie qui en avait été faite fut déclarée nulle.

(1) Bérault sur l'article 538.

CHAPITRE IV

SANCTION DES RÈGLES RELATIVES AUX ALIÉNATIONS ET AUX OBLIGATIONS DE LA FEMME MARIÉE

Nous avons vu quel avait été le point de départ du droit anglo-normand : inaliénabilité et insaisissabilité absolue de la fortune immobilière de la femme. C'est ce régime qui persista en Angleterre jusqu'à la fin du xix^e siècle.

En Normandie française, il est difficile, pour ne pas dire impossible, vu l'absence à peu près complète de documents, de suivre, depuis la fin du xiii^e au xvi^e siècle, les embarras et les tâtonnements de la jurisprudence. On peut conjecturer, toutefois, qu'en certaines régions, à l'exemple de la Coutume de Paris, on avait tendance à tenir pour définitivement valables certaines aliénations faites par la femme avec ou sans serment (1).

Il semble résulter de la Glose du xv^e siècle, que la femme ne pouvait jamais attaquer une aliénation faite devant les tabellions, ceux-ci, en effet, n'ont dû donner à

(1) Génestal, *Documents de Saint-Taurin d'Evreux. Cartulaires des Préaux, près Pont-Audemer et de la région de Caen.*

l'acte sa rédaction officielle qu'après s'être bien assurés que les parties signaient sans contrainte.

Avant qu'il existât des tabellions royaux les « lettres d'aliénation » sous le sceau des vendeurs étaient loin de protéger la femme, car « les maris pouvaient pour lors contraindre leurs femmes à passer lettres de vendition, ou pouvaient les maris mettre aux lettres ce qui leur plaisait au préjudice de leurs femmes, dont il advenait plusieurs inconvénients. Et pour ce fut alors la coutume introduite qu'elles pussent révoquer telles conventions nonobstant leur consentement.... Mais, quant à présent, comme les tabellions ne passent aucune lettre si ce n'est du consentement des vendeurs et le contiennent les lettres des contrats, la femme ne serait point recevable à dire qu'elle eût fait le passément devant les tabellions par force ou contrainte (1). »

Malgré ces tendances à admettre la validité pleine et entière des aliénations de la femme, au moins quand elles résultaient d'actes authentiques, la théorie nouvelle ne prévalut pas en jurisprudence ; les juges craignaient plus

(1) Quoique en droit anglais aucune atténuation ne fût admise au régime primitif, Glanville et Bracton semblent dire que l'aliénation était valable et définitive quand elle était faite sous le contrôle de la *Curia regis*. Nous trouvons même dans Bracton un passage caractéristique dans lequel le juriseconsulte nous montre l'épouse amenée devant la Cour du roi, « pour que les juges tenant les yeux sur elle, observent bien s'il subsiste quelque apparence de contrainte » (Bracton, t. V, pp. 25 et suiv.).

encore les conseils artificieux du mari que les excès de sa toute puissance.

Aussi l'ancienne tradition de parfaite sauvegarde reprit le dessus et la coutume réformée adopta un système mixte d'inaliénabilité en valeur qui est l'une des institutions les plus originales du droit normand. « Ce système, dit Basnage (1), tient une voie mitoyenne entre le droit écrit et les autres provinces de France. »

Il était d'ailleurs aperçu dans ses grandes lignes dès le début du xvi^e siècle ; mais des difficultés d'application ayant surgi, un arrêt de règlement de 1539 rapporté par Terrien, fixa dans leurs moindres détails les principes nouveaux de protection dotale.

La femme bénéficiait tantôt d'un droit de reprise en nature, tantôt d'un remploi en équivalent.

§ 1. — REPRISE EN NATURE

Pour que l'immeuble de la femme puisse se retrouver en nature, il faut que le mari l'ait aliéné sans son consentement ou que la femme l'ait aliéné sans les « consentement et autorité » du mari. En ce cas, aux termes de l'article 527 de la coutume, l'immeuble est moins que dûment aliéné ; l'acte est entaché de nullité absolue et la propriété véritable n'a pas été transmise à l'acquéreur. Le même article 537 donne à la femme une action particuliè-

(1) Basnage, *Œuvres*, t. II, p. 402.

rement énergique, le « bref de mariage encombré », lui permettant de rentrer en possession de l'immeuble « moins que dûment aliéné, ainsi qu'elle l'avait lors de l'aliénation (1). »

Les commentateurs nous fournissent de longues explications sur le sens et l'origine des mots « bref de mariage encombré. » Il nous suffira d'indiquer que ce « bref » était une « réintégrande » c'est-à-dire une action possessoire tendant au retour du bien dans le patrimoine de la femme ; il devait être exercé dans l'an et jour de la dissolution du mariage ; ce délai expiré, la femme ne pouvait plus agir qu'au pétitoire (2).

Il ne faudrait pas croire que le « bref » était personnel à la femme ; les héritiers pouvaient l'intenter en son nom aux termes de l'article 537 ; c'était d'ailleurs une innovation de la coutume réformée.

La femme ou ses héritiers pouvaient exercer ce « bref » le mariage eût-il duré plus de quarante ans depuis l'aliénation ; autrement dit, le tiers acquéreur ne pouvait pres-

(1) Le « bref » ne peut être intenté que dans les deux cas prévus par l'article 537 ; alors seulement, la femme est autorisée à porter directement sa demande devant les tribunaux sans avoir besoin au préalable de lettres de Chancellerie. Si, au contraire, elle articule des faits de « dol, violence, déception d'outre-moitié du juste prix », des lettres de rescision sont nécessaires en vertu du principe : Voies de nullité n'ont lieu en France.

(2) Ce délai ne courait pas de la séparation de corps, car elle laisse subsister l'autorité maritale ; il eût été assez difficile à la femme d'aller se plaindre des aliénations consenties par son mari seul.

crire contre la femme ou ses héritiers. Les commentateurs expliquaient cette imprescriptibilité de deux manières. D'abord, malgré la délivrance consentie à l'acquéreur, la femme a conservé non seulement la propriété, mais aussi la possession; c'est ce qu'exprime l'article 537 en disant : « bref de mariage encombré équipolle à une réintégration. » L'imprescriptibilité des biens de la femme aux mains de l'acquéreur s'expliquait aussi par le respect de l'autorité maritale, si la femme a aliéné sans l'intervention du mari, et par la crainte d'obliger le mari à garantir l'acquéreur, quand le mari avait vendu sans le consentement de sa femme.

Il y a lieu de remarquer que la femme ou ses héritiers, pour bénéficier du « bref », devaient renoncer à la succession du mari. Au cas d'acceptation, ils étaient tenus aux dettes du mari, donc à la garantie envers l'acquéreur. La femme pouvait sans doute réclamer la valeur de son immeuble aux héritiers de son mari, mais l'acquéreur était à l'abri de toute poursuite.

Quel était l'effet du « bref de mariage encombré ? »

D'après l'article 537, « le bref remet les femmes en possession de leurs biens... ainsi qu'elles avaient lors de l'aliénation. » C'est donc l'immeuble en nature qui rentrait dans le patrimoine de la femme. Le principe de l'ancien droit normand s'est ainsi conservé dans ce cas particulier d'aliénation irrégulière; mais ce n'est plus là qu'une survivance archaïque faisant exception aux règles nouvelles de protection dotale.

§ 2. — INALIÉNABILITÉ EN VALEUR

L'article 538 de la Coutume, dérogeant aux anciens usages anglo-normands, a permis à la femme de participer aux aliénations concernant ses immeubles ; mais à cette liberté nouvelle, elle a apporté un correctif puissant. Sans doute la notion d'effacement de l'épouse fit place aux principes plus larges et plus humains de collaboration, mais ce fut à condition que le bien de la femme se retrouvât toujours dans son intégrité à la dissolution du mariage.

Ainsi quand la femme a aliéné avec le consentement de son mari, et son autorité, ou le mari du consentement de sa femme, il y a transmission valable de la propriété à l'acquéreur. Mais les droits de la femme sont sauvegardés par diverses garanties.

La première et la plus importante des garanties accordées à la femme est le *remploi* ; en l'absence de *remploi*, la coutume donne droit à la femme à récompense sur les biens du mari avec hypothèque ; enfin, seulement au cas d'insuffisance de ces deux premières garanties, l'acquéreur pourra être recherché.

I. Remploi.

Lorsque l'aliénation aura été régularisée conformément aux prescriptions de l'article 538 de la Coutume, la responsabilité du mari ne sera pas encore à couvert. Le mari est tenu d'employer le prix en « achats d'héritages ». C'est

pour lui une obligation fondamentale ; les autres garanties de la femme ne sont que subsidiaires.

Deux conditions de forme sont nécessaires pour que le remploi soit valable : l'acceptation expresse de la femme et la déclaration du mari attestant que les deniers provenant de l'aliénation de l'immeuble sont ceux qui ont servi au paiement du bien acquis en remploi.

Il était admis que l'amortissement d'une rente grevant l'immeuble de la femme pouvait tenir lieu de remploi aussi bien que l'achat d'un autre immeuble si le contrat de mariage ne stipulait pas expressément la nécessité du remploi en fonds de terre. De même le paiement des dettes de l'épouse était souvent considéré comme un remploi valable. Mais le remploi s'il était effectué au moyen de l'achat d'un immeuble, ne pouvait avoir pour objet un fonds situé hors le duché de Normandie ; en effet un pareil immeuble serait aliénable selon le principe de la territorialité des coutumes et le remploi n'aurait alors ni efficacité ni raison d'être.

Enfin la valeur de l'immeuble acquis en remploi devait être au moins égale à celle de l'immeuble aliéné ; s'il était contrevenu à cette règle, la femme avait, pour la différence, droit à récompense sur les biens du mari.

II. *Droit de récompense.*

Si le mari néglige d'effectuer le remploi prévu par la coutume, celle-ci donne à la femme « récompense du juste

prix sur les biens de son mari ». L'article 539 qui réglemente le droit de récompense ne concerne que les biens dotaux ; les autres biens sont régis par l'article 542 qui vise les immeubles advenus à la femme « par succession, donation, acquisition ou autrement ».

En ce qui concerne les biens dotaux (art. 539) l'hypothèque prend rang du jour du contrat de mariage ou de la célébration ; quant au droit de récompense des biens non dotaux (art. 542) il était également garanti par une hypothèque, mais ne datant que du jour de l'aliénation.

Quel était, à ce point de vue, le trait distinctif des biens dotaux et extra-dotaux ? « Le dot » était, au sens strict, ce qui advenait à la femme pour tenir « son nom, côté et ligne ». Par conséquent, était dotal ce que recevait la femme au moment du mariage, à l'exclusion de ce qu'elle pouvait recueillir ultérieurement à titre de succession, donation ou acquisition. C'était la définition même de la Coutume.

Mais cette conception étroite n'a pas prévalu dans la pratique. « On a trouvé tant de justice, dit Basnage (1), à mettre au rang de la dot ce qui venait à la femme en ligne directe que l'usage s'en est établi sans aucune opposition. » C'était une extension jurisprudentielle de la notion de dotalité.

L'article 539 très clairement rédigé en dehors de la définition du mot « dot » n'aurait pas dû soulever de difficulté

(1) Basnage, *Œuvres*, t. II, p. 407.

d'interprétation. En effet, deux hypothèses distinctes sont prévues : ou bien un contrat a été rédigé, l'hypothèque prend rang du jour du contrat et la femme se trouve dans une situation privilégiée vis-à-vis des créanciers de son mari ; ou bien les époux sont mariés sans contrat et l'hypothèque date du jour du mariage.

Mais aux termes d'un arrêt de règlement de 1600, il fut décidé que l'hypothèque ne prendrait rang que du jour de la reconnaissance du contrat de mariage, si, comme il arrivait fréquemment en Normandie, surtout dans les milieux peu aisés, le contrat avait été rédigé sous seings-privés. Or, cette nouvelle exigence semblait en contradiction avec l'article 539 qui ne comportait pas d'exception. Godefroy (1) appliquait à la lettre l'arrêt de 1600 ; Basnage, au contraire, résolvait la difficulté de la façon suivante : « Qu'avait voulu la Cour dans l'arrêt de 1600 ? Empêcher un mari ou un père acculés par des créanciers de simuler une dot à la femme dans un soi-disant contrat de mariage sous seings-privés, dressé pour les besoins de la cause. » Dans ce cas la reconnaissance déjouait la fraude en donnant date certaine au contrat. Mais dès qu'il s'agissait du remboursement de la valeur d'un immeuble aliéné, on n'avait pas à redouter une fraude de ce genre, la vente d'un immeuble ne se dissimulant pas. Par conséquent, que le contrat de mariage fût authentique ou sous seings privés, reconnu ou non, c'était à sa date de rédaction que prenait rang l'hypothèque.

(1) Godefroy sur Bérault, t. II, p. 559.

Si au contraire la femme poursuivait la restitution de deniers dotaux la reconnaissance devenait nécessaire pour que l'hypothèque prît rang du jour du contrat de mariage sous seings-privés.

Basnage, d'ailleurs, critiquait vivement ce système. « En faisant remonter l'hypothèque, disait-il, jusqu'au jour de la célébration ou du contrat, la coutume ne favorise-t-elle pas les fraudes et n'ouvre-t-elle pas la porte à des tromperies, dont on ne peut se garantir, quelque précaution dont on puisse user. »

Tout ce qu'on pouvait dire en faveur de la coutume, c'est qu'il y avait là une protection efficace des intérêts de la femme mariée.

III. *Recours contre le tiers acquéreur.*

Si le remploi n'a pas été effectué et que les biens du mari ou de ses héritiers soient insuffisants pour que la récompense soit fournie à la femme, celle-ci se retournera contre l'acquéreur, qui devra rendre l'immeuble quoique régulièrement aliéné. Néanmoins, l'acquéreur pourrait, s'il préférerait conserver l'immeuble, en offrir le juste prix à la femme, qui serait tenue de s'en contenter. Mais ce recours subsidiaire contre l'acquéreur était de nature à se présenter rarement et, en tout cas, ce n'était plus, comme jadis, l'objet principal des dispositions coutumières protectrices de la femme mariée.

Ainsi se sont modifiés peu à peu les principes de la

capacité civile de la femme mariée. Primitivement, la femme ne pouvait jamais s'opposer à la volonté de son mari, et son concours, sous l'empire de la contrainte, n'avait aucun caractère juridique. Dans le droit normand des derniers siècles, l'acte de la femme a acquis une valeur intrinsèque et c'est cette valeur même qui l'empêche, *à priori*, de rechercher le bien en nature entre les mains de l'acquéreur. On ne protège plus la femme contre la violence et l'omnipotence du mari, mais contre le dol ou les conseils artificieux de celui-ci, on ne la tient plus pour contrainte, mais pour trompée, *non coacta, sed decepta*.

C'est bien la conception de *fragilitas sexus* qui a inspiré la jurisprudence normande ; c'est l'influence directe du droit romain qui a fait considérer tout concours de la femme, comme une *intercessio pro marito* et qui a fait étendre les articles 537 et suivants de la coutume aux obligations contractées par la femme avec son mari (1).

(1) Exceptionnellement, les règles de l'inaliénabilité cessaient de recevoir leur application. Pour tirer le mari de prison, pour fournir des aliments à la famille, l'aliénation d'un bien propre était possible, sans que la femme conservât le droit de se retourner, même subsidiairement, contre l'acquéreur. Celui-ci était à l'abri de toute poursuite. Encore fallait-il que l'aliénation ait été autorisée par justice, après avis favorables des proches parents. Il est clair que l'acquéreur étant à l'abri, la femme traitait plus facilement et dans de meilleures conditions (Voir art. 541 de la Coutume et l'art. 128 des Placités, arrêt de règlement du 6 avril 1666 ; Bourdot et Richebourg, *Nouveau coutumier général*, t. IV, pp. 154 et suiv.).

CHAPITRE V

CAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE DE DISPOSER A TITRE GRATUIT

Dans l'ancien droit anglo-normand, toute disposition à titre gratuit était interdite aux femmes mariées même du consentement marital ; c'était un cas particulier de leur inaction juridique. Le droit plus récent reconnu en Normandie, une certaine capacité de disposition à titre gratuit aux femmes mariées ; mais cette capacité, renfermée dans les limites étroites, fut toujours vue avec défaveur.

§ 1^{er}. — DONATIONS

Que la femme soit mariée ou séparée civilement elle ne peut disposer entre vifs d'aucune partie de ses immeubles soit propres, soit acquêts ; l'autorisation maritale serait impuissante à valider un pareil acte de disposition.

Tel est le principe formulé par les commentateurs (1).

(1) Voir Bérault et surtout Houard, *Dictionnaire*, t. II, pp. 570 et 571.

Mais si l'on parcourt la jurisprudence, on constate que des tempéraments furent apportés à cette prohibition.

Un arrêt du 9 novembre 1647 (1) confirma une donation faite par une femme mariée; mais cette donation était destinée à un héritier présomptif de la femme, et le mari avait reçu une indemnité représentative des droits qu'il aurait pu prétendre ensuite sur l'objet de la donation.

Par contre, aux termes d'un arrêt du mois de mai 1653, une donation du tiers des propres d'une femme mariée fut annulée nonobstant le consentement du mari.

Dans une autre décision du Parlement du 11 juillet 1657, une constitution de rente faite en faveur d'une église par une femme mariée à charge de services religieux fut déclarée valable; eu égard à son caractère onéreux, cette donation était assimilée à une aliénation régularisée dans les termes de l'article 538 de la Coutume.

De ces arrêts contradictoires en apparence, les commentateurs tiraient cette conclusion, que les donations faites par les femmes mariées, du consentement de leurs maris, ne sont valables qu'autant qu'elles leur sont avantageuses ou qu'elles ont profité à leurs héritiers présomptifs. La femme pouvait aussi après la dissolution du mariage ratifier la donation et la rendre ainsi inattaquable.

C'est dans ce sens que se fixa définitivement la jurisprudence du dernier siècle (2).

(1) Houard, *loc. cit.*

(2) Arrêts des 1^{er} août 1730 et 23 août 1743 rapportés dans Houard, *loc. cit.*

Le motif principal de cette jurisprudence était fidèle au principe directeur de la Coutume : il fallait empêcher la femme de se mettre hors d'état par des libéralités inconsiderées, de contracter une nouvelle alliance après le décès de son mari. C'est pour la même raison que la femme ne pouvait donner à son mari au cours de l'union ou étendre les générosités stipulées au contrat de mariage ; on alla même jusqu'à annuler certaines ventes faites par la femme à son futur époux, parce qu'elles étaient réputées donations indirectes (1).

§ 2. — TESTAMENTS

Il semble que l'incapacité de la femme mariée devrait, rationnellement, ne pas concerner le testament, puisque les dispositions testamentaires ne peuvent produire leurs effets qu'à une époque où le mariage n'existe plus. La plupart des Coutumes françaises admettaient la liberté testamentaire de la femme mariée ; Ricard voyait même dans ce principe le droit commun du royaume. N'était-il pas logique de soustraire à la puissance maritale un acte qui ne présentait pas d'intérêt pour le mari ?

La Coutume normande qui avait longtemps tenu la femme mariée pour incapable de tester, ne lui reconnut ce

(1) Nous n'insistons pas sur la prohibition des donations entre époux ; frappant également le mari, elle s'expliquait par des motifs étrangers à la notion d'incapacité de la femme.

droit dans la suite que moyennant l'intervention active du mari (1). « Femme mariée ne peut tester d'aucune chose s'il ne lui est permis par son mari (2). »

Cette autorisation du mari, pouvait-elle, le cas échéant, être remplacée par l'autorisation de justice, par exemple en cas de refus ou d'absence du mari ?

L'affirmative semblait être admise en Bourgogne, mais en Normandie les tribunaux n'intervenaient jamais en pareille matière. Pour Basnage, cette prohibition était une sauvegarde pour le mari dont la puissance ne pouvait être battue en brèche par un acte aussi inutile que le testament. Mais, en réalité, on craignait plutôt que les tribunaux ne fussent pas en mesure de contrôler efficacement un acte susceptible de diminuer sans compensation le patrimoine de la femme.

De quoi la femme pouvait-elle disposer par testament ? Les meubles, nous l'avons vu, devenaient en principe la propriété du mari et se trouvaient ainsi soustraits à l'influence de la femme ; d'autre part, elle ne pouvait disposer de ses propres ; enfin, elle possédait bien des droits sur les acquêts dans une mesure étroite et dans certains cas déterminés ; mais le mari en était maître et pouvait

(1) Il ne faudrait pas croire que la coutume normande fût la seule à exiger l'intervention du mari pour habiliter la femme à tester. Voir sur ce point les Coutumes de Bourgogne (C. 4, sect. II), de Berry (art. 108), de Nivernais (Titres des droits appartenant à gens mariés) avec les observations de Guy Coquille.

(2) Coutume réformée, art. 417.

par suite de son vivant rendre illusoire le testament de sa femme. Toutefois si les conquêts étaient restés dans le patrimoine du mari, le testament de la femme pouvait s'exécuter sur la part qui aurait dû lui revenir. La femme pouvait encore léguer les conquêts lui advenant d'un premier mariage ou qu'elle aurait acquis durant sa viduité.

En ce qui concerne la nature de l'intervention maritale, il se pose ici une question analogue à celle que nous avons rencontrée au sujet des aliénations de la femme mariée. Le simple consentement du mari suffit-il à valider le testament ou sa présence à l'acte est-elle requise. ?

Comme en matière d'aliénations à titre onéreux, la présence du mari est indispensable ; bien plus, le consentement du mari doit être expressément stipulé dans l'acte. Vainement peut-on objecter que la présence du mari contraint la liberté de la femme, même si le mari n'est pas légataire. Mais, aux termes de l'article 538 de la coutume, la « seule révérence et crainte maritale ne suffit pas pour faire présumer la contrainte » et pour que la femme cessât véritablement d'être libre, il faudrait que la menace ou la violence fussent telles « que l'homme le plus constant en eût été ébranlé. »

Voilà donc, jusqu'où, en matière testamentaire est poussée la protection de la femme ; le mari ne doit pas cesser un instant de guider la volonté de son épouse, de l'éclairer sur l'exercice qu'elle doit en faire ; lui seul sait quelles personnes elle doit gratifier, dans quelle mesure elle peut diminuer son patrimoine et toute dispo-

sition arrêtée contre le gré du mari serait entachée de nullité. Basnage voyait dans cette restriction de la capacité testamentaire chez la femme mariée un des points les plus critiquables de la coutume. Qu'est-ce, en effet, qu'un testament sans la libre volonté de celui qui teste ? N'est-ce pas plutôt le testament du mari lui-même, investi de l'exorbitant pouvoir de léguer au nom d'autrui (1) ?

(1) L'article 417 considérait comme valable le testament fait par la femme, quand elle s'était réservé cette faculté dans son contrat de mariage. Nous retrouverons ce point au sujet des séparations conventionnelles.

CHAPITRE VI

LES ACTIONS EN JUSTICE DE LA FEMME

Pendant le cours du mariage, le mari, étant maître des meubles de sa femme, est également « seigneur et maîtres des actions mobilières et possessoires procédant du côté de sa femme, lesquelles il peut intenter sans elle. » Comme dans l'ancien droit, le mari apparaît donc seul à la barre des tribunaux, soit comme demandeur, soit comme défendeur.

Mais, en matière immobilière, l'effacement de la personnalité de la femme devait s'atténuer avec le droit nouveau. Déjà au xvi^e siècle Terrien indiquait « que le mari ne pouvait seul ester en justice pour la protection de la fortune immobilière de sa femme. » « En cas hérédital, disait-il, le mari ne peut agir ni défendre sans procuration de sa femme (1). » Ce principe ne fit que s'affirmer par la suite ; sans doute la femme avait besoin du concours de son mari, mais on voyait fréquemment les deux époux « ouys ensemble » en justice pour toute contestation relative à l'héritage de la femme.

(1) Terrien, *Commentaires*, liv. II, chap. 1.

Cependant il restait admis en Normandie que le mari était maître des actions de sa femme et que celle-ci, sauf les restrictions que nous étudierons plus loin, ne pouvait obliger son mari à recourir aux tribunaux ou lui refuser son concours quand il le jugeait nécessaire.

Cette subordination de la femme se distinguait néanmoins bien nettement de la théorie conjugale du vieux droit anglo-normand. Houard (1) rapporte à ce propos une espèce intéressante dans laquelle une femme mariée était accusée de complicité à raison d'un délit commis par son mari. Le défenseur de l'épouse faisait reposer le principal chef de sa plaidoirie sur la qualité de femme mariée de sa cliente et sur ce fait, qu'obligée « de se conformer en toutes choses » à la volonté de son mari, on ne pouvait lui faire grief d'un délit dont elle n'avait été que l'instrument. N'était-ce pas tenter de faire revivre en plein XVIII^e siècle l'ancienne « conjugal unity » ? Le Parlement, par arrêt du 12 mai 1722, se contenta de prescrire une enquête, mais en laissant entrevoir que la femme jouissait d'une personnalité propre et figurait à bon droit à l'instance avec l'autorisation de son mari.

Une grave question qui préoccupait les commentateurs était de savoir si un mari, défendeur dans des procès relatifs à sa femme, serait passible de la condamnation aux dépens qui aurait été prononcée. Basnage rapporte à cet égard divers arrêts sur l'article 538 et la solution de la

(1) Houard, *Dictionnaire*, t. II, pp. 265 et suiv.

jurisprudence pouvait se résumer ainsi ; soit que la femme ait été mise en cause ou non, les dépens du procès poursuivi dans son intérêt, sont toujours à la charge du mari tant qu'il est solvable ; la femme n'en devient susceptible que lorsqu'il est hors d'état de les payer.

CHAPITRE VII

RELACHEMENT DE LA PUISSANCE MARITALE

Nous avons étudié jusqu'ici le fonctionnement normal de la puissance maritale. Il s'agit maintenant d'aborder les cas où la coutume, dans l'intérêt de la femme, autorise celle-ci à accomplir certains actes en dehors de son mari.

Tantôt la femme sera capable de faire valoir ses droits sans le concours marital, tantôt elle bénéficiera d'un régime de faveur par suite d'une séparation ou de son admission à exercer un commerce séparé.

§ 1. — AUTORISATION DE JUSTICE

L'autorisation supplétive de justice, qui avait reçu un développement remarquable dans les autres provinces françaises, notamment à Paris (1), était vue avec défa-

(1) La juridiction du Châtelet possédait même une section permanente dont les attributions étaient analogues à celles de la Chambre du Conseil actuelle. — Voir Bertin, *La Chambre du Conseil*.

veur en Normandie ; elle constituait, aux yeux des commentateurs, une atteinte aux droits du mari et un danger pour la femme elle-même. Néanmoins, dans quelques hypothèses exceptionnelles, la femme était admise à se faire habiliter par justice à accomplir certains actes que le mari ne voulait ou ne pouvait autoriser. Les cas les plus curieux d'autorisation de justice sont régis par les articles 543, 544 et 545 de la Coutume Réformée.

1° Action de la femme « en réparation d'injures ».

En cas d'injures faites à sa personne, la femme, aux termes de l'article 543 peut « rendre plainte en justice et la poursuivre encore qu'elle soit désavouée par son mari et la doit le juge recevoir pourvu que l'injure soit atroce. » La première partie de cet article ne soulevait point de difficulté d'interprétation en dehors du sens du mot « injure » ; il était admis qu'une injure morale, aussi bien que des coups et blessures, pouvait être l'objet d'une poursuite par la femme. Quant au degré de gravité exigé par la Coutume, « pourvu que l'injure soit atroce », c'était une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux.

La seconde partie de l'article 543 stipule qu'au cas où la femme « décherrait », et serait condamnée aux dépens, on ne pourrait les recouvrer contre le mari que jusqu'à concurrence des fruits des biens de la femme ; en cas d'insuffisance des fruits, la condamnation devait être portée sur les biens de la femme « autres que le dot. »

Cette disposition, qui empêchait le recouvrement des dépens sur les biens dotaux, fut vivement discutée en doctrine. Il semblait injuste de laisser la femme intenter impunément de mauvais procès pour de prétendus outrages à sa personne, avec la certitude que ses biens dotaux seraient à l'abri du recouvrement des dépens. Cependant la Coutume était formelle et un arrêt de la Grand'Chambre du Parlement du 21 mai 1688 déclare insaisissables de ce chef les immeubles d'une femme mariée.

2° *Femme poursuivie pour crime.*

L'article 544 semble indiquer implicitement que la femme poursuivie pour crime et désavouée par son mari peut être directement habilitée à plaider par le juge.

D'autre part, la condamnation portera sur l'ensemble de ses biens de toute nature si les fruits ne peuvent suffire (1). Un arrêt de la Chambre de la Tournelle du 23 juin 1679 (2) a jugé qu'une femme mariée pouvait être contrainte par corps pour des dépens résultant de son crime.

Le même article 544 décidait que si, au contraire, le mari avait défendu sa femme, il était tenu civilement des causes de la condamnation.

3° *Actions de la femme en l'absence du mari.*

L'article 546 de la Coutume, conforme aux articles 126 et

(1) Arrêt du 16 juillet 1659 de la Chambre de l'Edit (Basnage, *Œuvres*, t. II, art. 544).

(2) Basnage, *loc. cit.*

127 des Placités de 1666 (1) autorise la femme, en l'absence du mari, à intenter « l'action de nouvelle dessaisine de son héritage. »

Cette solution était déjà appliquée dans certains cas sous l'empire du Grand Coutumier (2) et Terrien enseignait que si « une femme est dessaisie pendant que son mari est hors du duché de Normandie, pourtant qu'elle ait été dessaisie en derrière de son mari », elle peut intenter le bref de nouvelle dessaisine. D'après le même auteur, « si la femme avait dessaisi aucun », et qu'elle fût assignée par ce tiers, elle était tenue de répondre à la demande en justice, nonobstant l'absence de son mari. Cette dernière solution, quoique non consignée dans la coutume réformée, fut admise sans difficulté par la jurisprudence des derniers siècles (3).

§ 2. — RÉGIMES DE SÉPARATION ENTRE ÉPOUX.

Les pouvoirs du mari sur les actes et les biens de la femme ne pouvaient disparaître plus ou moins complètement que par l'effet d'une séparation. Nous distinguerons trois groupes de séparations : les séparations contractuelles

(1) Bourdot de Richebourg, *Nouveau coutumier général*, Paris, 1874, t. IV, pp. 154 et suiv.

(2) *Grand coutumier*, chap. XCVII.

(3) Aux termes de l'article 127 des Placités, la séparée pouvait aliéner certains de ses immeubles avec permission de justice ; nous retrouverons ce cas particulier à propos de la séparation de biens.

de corps et de biens. Nous ne dirons que quelques mots des deux premières ; nous insisterons plus longuement sur les effets de la séparation de biens.

1^o *Séparation contractuelle.*

Quand deux futurs époux voulaient que leurs intérêts fussent séparés au cours de leur union, il leur suffisait de stipuler la séparation par contrat de mariage sans qu'il soit nécessaire d'obtenir à cet effet des « lettres de Chancellerie ». Mais, afin d'éviter la confusion des deux mobiliers et pour empêcher les créanciers de l'un des époux d'exercer leurs actions sur le mobilier que l'autre s'était réservé, le contrat devait contenir un inventaire des meubles de la femme ; cet inventaire pouvait aussi être dressé par acte séparé.

Outre cette précaution, pour rendre le régime opposable aux tiers, on exigeait l'inscription de la séparation chez le notaire.

Quoique, après la stipulation d'une séparation, la femme fût restée pendant plusieurs années sans agir comme séparée et que son mari ait, pendant ce temps, géré ses affaires et disposé à son gré des revenus, la séparation n'en était pas pour cela anéantie. Basnage citait en ce sens un arrêt du Parlement du 11 mai 1657 (1) qui affirmait l'effet définitif d'une clause de séparation contractuelle,

(1) Basnage, *Œuvres*, t. II, p. 92.

nonobstant l'absence d'actes d'administration par la femme au début du mariage.

La stipulation convenue au contrat de mariage était susceptible de toutes clauses et conditions qu'il plaisait aux parties d'y insérer. Très souvent, le contrat autorisait simplement la femme à accomplir seule certains actes, alors que de droit commun, l'assistance du mari était nécessaire. C'est ainsi que l'article 417 de la Coutume reconnaissait pour valable le testament d'une femme mariée sans autorisation maritale « si dans son traité de mariage il en avait été ainsi convenu ».

La liberté accordée aux époux de stipuler la séparation n'était pourtant pas sans limite. Un arrêt de la Grand' Chambre du Parlement du 7 août 1663, rapporté par Basnage, décida qu'un mari ne pouvait abdiquer sa puissance au point de soumettre ses actes juridiques au contrôle de sa femme. L'arrêt considéra « comme une bassesse de courage » répugnant à la dignité du sexe fort, le fait par le mari d'avoir accepté une pareille direction de la femme sur ses affaires et la clause litigieuse fut réputée non écrite comme étant entachée d'une nullité d'ordre public.

2° *Séparation de corps.*

Pesnelle, sur l'article 391 de la Coutume, enseigne que la séparation de corps, dont le principe réside dans les sévices du mari, place la femme dans une situation identique à celle qui résulte de la mort naturelle ou civile du mari. Mais l'assimilation ne doit pas être poussée trop loin.

La séparation de corps, de même qu'elle n'ouvre pas le droit de la femme de participer aux conquêts dans les termes de l'article 329 de la Coutume, ne lui donne qu'une capacité limitée. D'après Houard (1), la femme séparée de corps acquiert pleine liberté de jouir de son patrimoine et de l'administrer; en ce qui concerne les actes plus importants l'opinion dominante semble avoir fait appel aux règles de la séparation de biens.

3° *Séparation de biens judiciaire.*

Le droit normand, soucieux de la protection des biens des femmes et qui se défiait des abus d'autorité du mari, devait prévoir le cas où celui-ci, au-dessous de la tâche qui lui était confiée, se montrait mauvais administrateur ou dissipateur de la fortune de sa femme et de la sienne; le droit pour la femme d'obtenir judiciairement la séparation de biens ne semble pas lui avoir été reconnu avant le xvi^e siècle. La Coutume de 1583 n'y fait qu'une allusion rapide dans l'article 394; mais plusieurs articles lui sont consacrés dans les Placités de 1666.

Nous n'abordons ici la séparation de biens judiciaire que pour en étudier les effets sur la capacité civile de la femme; néanmoins, il est nécessaire de dire quelques mots de ses causes et de ses formalités.

Les causes donnant ouverture à la séparation de biens, permettant, selon le langage de la jurisprudence, d'obtenir

(1) Houard, *Dictionnaire*, t. II, pp. 275 et suiv.

des « lettres de séparation » sont à peu près les mêmes en Normandie que dans les autres coutumes : c'est le désordre des affaires maritales donnant lieu de craindre que les intérêts de la femme ne soient compromis. Il n'est pas nécessaire, d'après Houard, que la déconfiture du mari ait sa source dans le dérèglement de sa conduite, ni que la ruine soit consommée. Les commentateurs voyaient dans la séparation de biens la résolution d'une convention synallagmatique, l'un des co-contractants, le mari, cessant de tenir ses engagements vis-à-vis de la femme.

On s'était demandé si toutes sortes de femmes pouvaient solliciter la séparation de biens ; la question se posait, par exemple pour la femme d'un receveur des tailles ou d'une autre personne maniant des deniers publics ; la controverse venait de ce fait qu'on ne pouvait accepter sous bénéfice d'inventaire la succession de personnes de cette qualité. Par arrêt de la Grand'Chambre du Parlement de Rouen, du 1^{er} avril 1639, des « lettres de séparation » furent accordées à la femme d'un receveur et depuis la question ne se plaida plus à la barre des tribunaux.

Des formalités spéciales entouraient les demandes en séparation de biens.

La demande n'était jamais portée devant l'official ; la séparation ne devant produire ses effets qu'en ce qui concerne les rapports pécuniaires des époux, les juges royaux avaient le monopole de juridiction.

La Procédure était régie par un règlement du 30 août 1555 ; il édictait des formalités de publicité requises à

peine de nullité : notamment l'affichage sur les tableaux des tabellionnages et l'appel des créanciers à l'entérinement des lettres de séparation.

Quels étaient les effets de la séparation de biens sur la capacité de la femme, tant en ce qui concernait ses biens que ses actes ?

I. Effets de la séparation quant aux biens.

La femme recouvrait tout son « mariage et autres biens dotaux », pour en conserver exclusivement la jouissance et l'administration. Mais, à l'exception de son modeste « paraphernal » elle ne bénéficiait d'aucune participation dans les meubles, et en effet, vu l'absence de communauté, elle n'y pouvait prétendre qu'un espoir de succession. Il en était de même des conquêts, même ceux de bourgage (1).

Pour jouir des effets de la séparation, la femme devait avoir soin de faire procéder à un inventaire des meubles du mari, sinon tous les meubles étaient censés appartenir au mari.

Mais si la femme se trouvait strictement réduite à ses reprises, après la séparation elle acquérait pour elle-même tous meubles et immeubles pouvant lui échoir par succession ou autrement. Aux termes de l'article 391 de la Coutume, « à la mort de la femme séparée, ses meubles appar-

(1) Placités de 1666, articles 80 et 81 (Bourdote de Richebourg, *loc. cit.*).

tiennent à ses enfants, et si elle n'en a, ils doivent être employés à la nourriture du mari et acquit de ses dettes. »

Dans le cas, où, nonobstant la séparation, le mari aurait reçu les revenus ou arrérages de la femme, on se demandait si ses quittances étaient valables et si la femme était tenue de les approuver. Tout dépendait de l'usage fait par le mari des deniers indûment perçus : si la femme avait été nourrie et entretenue par son mari, elle n'était pas recevable à faire payer une deuxième fois ses fermiers et débiteurs ; si le mari avait dissipé les revenus de la femme, celle-ci n'était plus tenue « d'en allouer la quittance. »

II. *Effets de la séparation sur les actes de la femme.*

En ce qui concerne les revenus des immeubles et les meubles, la capacité d'aliéner de la femme séparée était conforme au droit commun des autres coutumes ; elle pouvait en user et disposer librement. Mais pour le fonds des immeubles, une distinction importante avait été établie.

Les immeubles formant la dot de la femme ou ceux qu'elle avait pu recueillir depuis la séparation par voie d'héritage ne pouvaient plus être aliénés même du consentement du mari. En cela le droit normand était conséquent avec lui-même ; en effet, à quelle condition avait-il subordonné la validité de l'aliénation ? A la nécessité d'un remploi. Or, quel remploi pourrait fournir un mari tombé

par hypothèse en déconfiture? Quelle garantie présenterait son concours à l'acte alors que sa dissipation, sa prodigalité et son défaut d'ordre ont rendu la séparation nécessaire? Toutefois, cette prohibition n'aboutissait pas à l'inaliénabilité de l'immeuble; aux termes de l'article 127 des Placités, la femme pouvait l'aliéner avec permission de justice et après avis des parents. En ce qui concerne les immeubles acquis d'autres sources, la femme jouissait d'une entière liberté de disposition, sans permission du mari ou de justice et sans remploi (1). C'était une extension très curieuse de la capacité de la femme et l'on peut dire que sur ce point particulier, le droit normand montrait une libéralité inconnue des autres coutumes françaises.

La même distinction entre immeubles dotaux et extradotaux s'appliquait aux hypothèques.

La femme séparée de biens pouvait-elle faire son testament sans assistance ni consentement de son mari? « Il y aurait contradiction, dit Houard (2) à restituer d'une part à la femme séparée l'administration de ses meubles et du revenu de ses immeubles, et de l'autre côté, à faire dépendre l'usage des fruits de ses épargnes et de ses économies de celui qui aurait été judiciairement déclaré incapable de régler cet usage. » Basnage cite à ce sujet un arrêt de 1667 qui avait validé le testament fait par une femme séparée. Mais cette solution, pensait-il, n'était pas

(1) Placités, article 126 (*loc. cit.*).

(2) Houard, *Dictionnaire*, t. II, V^o Février.

acceptable et selon lui, la femme séparée n'était pas plus libre de tester que la femme non séparée. « Quand on veut étendre les termes d'un statut, dit-il, il faut que ce soit en cas favorable et qui soit conforme à l'esprit de la loi ; or les testaments ne sont point favorables dans la coutume de Normandie. » Il en concluait qu'en matière testamentaire, la séparation de biens n'avait pas pour effet de porter atteinte à la puissance maritale.

Malgré l'autorité de Basnage, la jurisprudence admit, sans nécessité d'intervention maritale ou de justice, la validité des testaments ainsi que des donations de la femme mariée.

Malgré cette extension de la capacité de la femme, il subsistait pour celle-ci une entrave à la pleine liberté de vie juridique dans l'application du velléen qui frappait la femme à raison de son sexe ; toutefois remarquons qu'en cas de séparation, son étendue se trouvait réduite au cautionnement *pro marito* ou *pro alio* ; l'état de séparation dans lequel vivaient les époux empêchait d'assimiler toute obligation de la femme à une *intercessio pro marito*.

Une question intéressante était encore, au XVIII^e siècle, controversée en doctrine et en jurisprudence. Une femme mariée obtient des « lettres de séparation », qu'elle fait entériner par défaut contre son mari ; elle contracte des dettes au cours de sa séparation, puis le mari se pourvoit contre la sentence et la fait rapporter. On se demandait alors quelle avait été la capacité de la femme dans l'intervalle des deux décisions de justice : les revenus « amo-

biliés » du bien de la femme l'étaient-ils au profit du mari, comme s'il n'y avait point eu de séparation, sauf recours plus ou moins efficace des créanciers contre la femme?

L'opinion contraire, s'appuyant sur l'article 127 du règlement de 1666 prévalut. Aux termes de cet article « les contrats faits par la femme séparée pourront être exécutés sur ses meubles et sur le revenu de ses immeubles après qu'il sera échu et « amobilié. » En effet, il ne doit pas dépendre de la femme et de son mari de soustraire aux créanciers ce qui leur est légitimement dû en faisant rapporter la sentence de séparation. Dès la signification de la sentence, la femme a dû jouir des droits accordés aux femmes séparées sans qu'une décision postérieure pût jamais produire un effet rétroactif.

§ 3. — FEMME EXERÇANT UN COMMERCE SÉPARÉ

Dans toute l'ancienne France, le commerce pouvait être exercé par les femmes mariées qui bénéficiaient alors d'un statut de faveur constituant une dérogation remarquable au régime de leur incapacité.

Sans parler des circonstances économiques qui rendaient les transactions commerciales particulièrement rares dans l'ancien droit normand, nous avons vu que la notion d'inexistence juridique de la femme lui interdisait de se créer une situation indépendante de son mari. Dans la coutume réformée nous ne trouvons aucune disposition

relative à la « marchande publique », mais les commentateurs nous font connaître quel fut, sur ce point, le développement donné par la jurisprudence à la capacité de la femme mariée.

Aux ^{xv}^e et ^{xvi}^e siècles, le commerce et l'industrie prennent en Normandie un essor rapide. En aucune autre province, les désastres de la guerre de Cent Ans ne sont plus vite réparés. Vu la diminution de la population, les salaires sont élevés, les grandes propriétés se morcellent et bientôt chaque exploitant travaille pour soi (1). Il ressort des coutumiers qu'à cette époque le mari confie à sa femme un commerce ou un négoce séparé, dès qu'il la croit capable de le diriger. C'est ainsi qu'à Rouen et à Louviers notamment, le commerce du drap, surtout la vente au détail, occupait un grand nombre de femmes mariées (2). Il en était de même dans les villes maritimes pour la vente des produits de la pêche.

1. Capacité de la femme commerçante.

Dès que le mari a autorisé la femme à s'établir « marchande publique », la jurisprudence admet que la femme peut contracter tous engagements relatifs à son négoce sans autorisation spéciale de son mari. « La faveur du commerce a introduit cet usage... dit Basnage (3), que la

(1) Albert Petit, *Histoire de la Normandie*, pp. 186 et suiv.

(2) Houard, *Dictionnaire*, t. II, V^o Femme (femmes marchandes).

(3) Basnage, *Œuvres*, t. II, sur article 538.

femme marchande publique n'a pas besoin pour s'engager d'autre autorité et consentement que de la liberté que le mari lui donne de trafiquer publiquement ». Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que la femme exerce un commerce séparé de son mari ; son emploi dans le négoce marital ne lui donnerait pas la qualité de commerçante et les obligations qu'elle pourrait contracter comme mandataire ou comme préposée de son mari, n'engageraient que celui-ci.

La femme marchande publique pouvait donc s'obliger sur son patrimoine ; mais la jurisprudence admettait aussi que le mari, tant qu'il laissait sa femme agir comme marchande, était tenu des dettes contractées par elle à l'occasion de son commerce ; n'oublions pas, d'ailleurs, que le mari profitait de tous les bénéfices commerciaux, puisqu'il était maître du mobilier le mariage durant. Un arrêt du Parlement de Rouen du 20 février 1658 (rapporté par Basnage) a ainsi affecté au paiement des dettes commerciales d'une femme les meubles et immeubles de son mari.

Quand mari et femme exerçaient chacun un commerce particulier, et que le mari tombât en faillite, les créanciers du mari pouvaient-ils être préférés aux créanciers de la femme sur les effets dépendant du commerce de celle-ci ?

La question donna naissance en 1765 à un procès célèbre devant le parlement de Rouen sur appel d'une sentence des juges-consuls (1). Un créancier d'une femme

(1) Houard, *Dictionnaire*, t. II, V^o Femmes.

commerçante avait fait opposition à la vente des marchandises de l'établissement commercial dirigé par cette femme, en vertu d'un mandement de la juridiction consulaire de Rouen, sous le prétexte que la marchandise du commerce de cette femme ne pouvait être affectée qu'à ses dettes personnelles et non à celles de son mari. Par sentence de cette même juridiction, l'actif commercial de la femme fut affecté à ses créanciers personnels, sauf aux créanciers du mari à poursuivre l'excédent. Sur appel de cette décision, on plaida de nouveau, au nom de la femme et de ses créanciers, que les créanciers d'une femme contractaient sur la foi publique d'un commerce connu, qu'il serait contre toute équité de rendre illusoire leur engagement réciproque ; que la femme serait réduite à l'impuissance la plus extrême, si l'on pouvait d'un côté s'emparer de ses marchandises pour acquitter les dettes de son mari, et, de l'autre côté, la mettre dans l'impossibilité d'acquitter les siennes. Par arrêt du 10 mai 1766, il fut jugé que les créanciers de la femme seraient intégralement payés sur les effets et marchandises de celle-ci, avant les créanciers personnels du mari qui ne pourraient exercer leurs droits que sur l'excédent disponible.

C'était une extension heureuse de la capacité commerciale de la femme. Ajoutons que pour les besoins de son commerce la femme pouvait librement ester en justice sans l'assistance de son mari (1).

(1) Terrien, *Commentaires*, liv. II, chap. I.

II. *Restrictions à la capacité de la femme commerçante.*

Il était de l'intérêt bien entendu de la femme mariée qu'elle pût s'obliger librement relativement à son négoce. Mais le droit normand ne lui a jamais permis d'aliéner ni d'engager ses biens dotaux. La solution s'expliquait aisément pour l'aliénation, mais plusieurs commentateurs, notamment Pesnelle (1), enseignaient que la femme marchande publique pouvait engager même ses biens dotaux et il fut rendu en ce sens un arrêt du Parlement du 3 décembre 1657 consacrant ce dernier système.

Mais cette théorie ne prévalut pas et la doctrine définitive développée par Basnage peut se résumer ainsi : la femme marchande publique n'engage sa dot que si les biens de son mari sont suffisants pour lui en assurer le emploi ; selon lui, cette solution est conforme à l'esprit général de la Coutume : le mari étant maître de tous les meubles de sa femme, profitant des bénéfices qu'elle réalise, il eût été injuste de priver la dot des protections de droit commun.

Si la femme était séparée de biens et par conséquent dans l'impossibilité d'obtenir l'assistance maritale, elle pouvait se faire autoriser par justice, sur l'avis de ses parents, à payer ses dettes commerciales avec les deniers provenant de la vente de ses biens dotaux.

Une seule exception était apportée à la doctrine ensei-

(1) Sur l'article 538.

gnée par Basnage : si, dans la vente de ses marchandises, la femme s'était rendue coupable de fraude et que son mari n'acceptait pas de la défendre, les condamnations prononcées contre elle pouvaient s'exercer d'abord sur ses revenus, puis sur l'ensemble de son patrimoine.

APPENDICE I

SURVIVANCES DE L'ANCIEN DROIT NORMAND SOUS L'EMPIRE DU CODE CIVIL (1)

Le droit normand, abrogé à la fin du xviii^e siècle, aurait dû, semble-t-il, disparaître à jamais sous l'empire du régime nouveau qui, à partir de 1804, devenait la loi unique de la France. Il n'en fut rien cependant. Les Normands, sincèrement attachés à leurs vieux usages matrimoniaux, s'efforcèrent de les faire revivre dans la mesure où la loi nouvelle le leur permettait. La pratique notariale prit pour régime-type le régime dotal du Code, sauf à le rapprocher le plus possible du droit ancien au moyen d'un procédé tripartite : constitution de biens présents et à venir, inaliénabilité sous condition de emploi, société d'acquêts.

(1) Voir sur cette question : Alline, *De l'ancien régime matrimonial normand et de sa survivance dans la pratique notariale*, thèse, Caen 1908 ; Vivien... *De l'usage des contrats de mariage en Normandie*, thèse, Paris, 1909.

I. Constitution dotale universelle.

Dans l'ancien droit normand, tous les biens de la femme tombaient sous la puissance du mari ; la classe de biens dénommés paraphernaux dans d'autres coutumes y étaient inconnue. Pour restaurer cet état de choses, on imagina la constitution de dot universelle et on introduisit dans les contrats de mariage une clause comme celle-ci : « La future épouse se constitue en dot tous ses biens mobiliers présents ou futurs. » S'agissait-il d'interpréter une clause ambiguë, on recherchait l'intention des parties, en s'efforçant de respecter les traditions locales, dont le sens était encore transparent à travers les formules notariales. Ainsi un arrêt de la Cour de Rouen du 30 novembre 1855 (1) a considéré comme valant une constitution de dot universelle, une formule ainsi conçue, qui se rapprochait singulièrement de la définition coutumière de la dot : « Les objets promis à la future et ceux qui lui écherront à quelque titre que ce soit lui demeureront propres pour lui tenir, et aux siens, nom, côté, ligne, »

II. Remploi.

Nous avons vu quelle était la triple protection dotale accordée à la femme dans le dernier état du droit normand : remploi, récompense sur les biens du mari, recours

(1) *Recueil des arrêts de Rouen et de Caen*, 1856. 2. 83.

contre l'acquéreur ; la pratique notariale du XIX^e siècle n'a conservé que le remploi. La validité du remploi est aujourd'hui comme autrefois subordonnée à une double condition : 1^o déclaration que l'acquisition est faite avec des deniers provenant de l'aliénation de l'immeuble personnel à la femme, puis, que cette acquisition a lieu à titre de remploi ; 2^o acceptation de la femme.

III. *Société d'acquêts.*

Le mari a sur la société d'acquêts les mêmes pouvoirs d'administration que sur la communauté. Il peut accomplir tous actes à titre onéreux, baux, ventes, échanges. En ce qui concerne les aliénations à titre gratuit, les donations lui sont interdites, sauf les donations de meubles à titre particulier et en pleine propriété ; il peut en outre disposer par testament des biens composant la société d'acquêts.

D'autre part, le mari étant usufruitier de la dot, jouit des revenus dotaux et les administre ; l'article 1549 du Code civil lui donne l'exercice des actions immobilières.

La femme ne possède aucun pouvoir soit d'administration, soit de disposition et c'est en ce sens que le régime nouveau se rapproche de l'ancienne incapacité de la femme normande. Tout au plus, la femme peut-elle concourir avec son mari à une donation.

Malgré tout, des différences radicales séparent les deux systèmes, ancien et nouveau. Sous la Coutume, le mari

normand devenait en principe propriétaire du mobilier de la femme ; aujourd'hui il n'en est plus qu'administrateur, rarement il obtient le droit d'en disposer ; toujours est-il qu'il en doit la valeur à la dissolution du mariage. L'ancien droit accordait au mari et à la femme l'exercice conjoint des actions immobilières ; aux termes de l'article 1549 du Code civil, le mari poursuit seul les débiteurs et les détenteurs de la dot. Autrefois l'immeuble dotal pouvait être aliéné dans certaines hypothèses exceptionnelles par exemple pour tirer le mari de prison, pour fournir des aliments à la famille ; le Code civil s'est montré plus large dans cette voie en ouvrant la même faculté notamment pour le paiement des dettes de la femme et les réparations de l'immeuble. Enfin le recours contre le tiers acquéreur a disparu.

Remarquons d'ailleurs que les cas d'adoption du régime dotal en Normandie n'ont fait que décroître au cours du xix^e siècle. Vers 1820, on ne se mariait avec contrat dans le ressort des Cours d'appel de Caen et de Rouen qu'en adoptant ce régime (1). C'est vers 1860 que la communauté commença à pénétrer dans les mœurs : les industriels et commerçants qui s'accommodent mal du régime dotal, préféraient se marier sans contrat ou penchaient vers la communauté réduite aux acquêts. D'autre part, les classes rurales, en émigrant vers les villes, oublièrent

(1) Homberg, *Les abus du régime dotal*, p. 127.

peu à peu les vieilles traditions. Aujourd'hui la Coutume de Basnage n'inspire plus que de rares contrats parmi certains propriétaires fonciers qui ne croiraient pas pouvoir l'abandonner sans déchoir.

APPENDICE II

LES ILES ANGLO-NORMANDES (1)

Si la vieille coutume anglo-normande est à peu près complètement oubliée aujourd'hui en Normandie et en Angleterre, elle s'est conservée presque intacte dans l'archipel des îles Jersey, Guernesey, Aurigny, Sercq et dépendances.

Nous ne développerons pas ce sujet qui n'offre qu'un médiocre intérêt juridique ; mais il est nécessaire de signaler que le vieux droit anglo-normand, tel qu'il était pratiqué avant toute innovation subsiste encore dans cet archipel. La population, jalouse de ses coutumes, est restée, au milieu de la civilisation la plus avancée, féodale d'aspect et respectueuse de son passé.

Le Gouvernement britannique a ordonné, au cours du xix^e siècle, un certain nombre d'enquêtes dirigées par des

(1) De nombreux ouvrages ont été écrits sur l'histoire des îles normandes. Signalons seulement : A. et C. Frémine, *Les Français dans les îles de la Manche* ; Le Cert, *L'archipel des îles normandes*. Rolls of the Assizes held in the Channel Island in the second year of the reign of King Edward II. Jersey, 1903.

commissaires royaux dans le but de se renseigner sur l'état actuel des coutumes de l'Archipel (1).

Malgré les influences qui tendent chaque jour à altérer les traditions, le Code de la législation des Îles normandes est le Grand Coutumier. Quand parut cette compilation (fin du ^{xiii}^e siècle) les îles étaient depuis cinquante ans environ sous le protectorat de l'Angleterre ; les deux bail-lages de Jersey et de Guernesey auraient pu choisir l'œuvre d'un juriste anglais, par exemple de Glanville ou Britton ; ils adoptèrent le Grand Coutumier « qui parlait leur langue et était la vivante expression de leurs mœurs et de leurs besoins (2). »

A côté de cet ouvrage fondamental, on consulte, à Jersey, la Glose latine de Guillaume le Rouillé et le com-mentaire de Terrien, lieutenant-bailli de Dieppe.

Il nous suffit de citer ces quelques sources juridiques pour faire connaître quels sont actuellement les caractères de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme dans les îles anglo-normandes.

(1) First report of the commissionners appointed to inquire into the criminal law into Island of Jersey. London, 1848 ; Second report into the Island of Guernesey. London, 1848, by William Clowes and sons ; Report of the commissionners appointed to inquire into the civil, municipal, and ecclesiastical law into Island of Jersey, together with the minutes of evidence and appendix. London, 1861, by Wil-liam Spottiswood.

(2) Le Cerf, *op. cit.*, p. 108.

TITRE II

Les efforts de la jurisprudence anglaise.

On a comparé avec juste raison l'évolution juridique de l'Angleterre à l'histoire des institutions romaines. Nous avons vu le caractère archaïque et exclusif de l'ancien droit anglais, qui, dans le mariage, avait poussé les prérogatives masculines jusqu'à la négation de la personnalité de la femme. Le droit normand se départit peu à peu de cette discipline qu'il avait pratiquée pendant plusieurs siècles. En Angleterre, on aurait pu croire que le peuple, après avoir si longtemps souffert sous des institutions si oppressives, une fois en possession de la liberté politique, eût fait tous ses efforts pour moderniser sa loi civile. Il n'en fut rien cependant. Les historiens avaient beau lui enseigner que la « Common law » lui avait été imposée au **xi^e** siècle par des tyrans venus du dehors, le peuple anglais vénéra jusqu'à la fin sa loi civile de même que les

Romains de l'Empire s'inclinaient devant les Douze Tables, pierre angulaire de leur législation (1).

Comme à Rome, pour faire valoir leurs droits en justice, les parties sont obligées de recourir à des formules précises et étroites délivrées par la Chancellerie. Ces formules ou « writs » analogues aux *legis actiones* sont spéciales à chaque action et en nombre déterminé ; toute demande en justice doit être accompagnée de la délivrance d'un « writ » ; et si aucune formule ne correspond à la prétention du demandeur, celui-ci n'a aucun moyen de faire valoir son droit. Bien plus, la moindre erreur dans la rédaction du « writ » entraîne la perte du procès : aucune tolérance ne vient tempérer la rigueur du principe ; les Cours de Chancellerie, composées de Normands, appliquent à la lettre le formalisme qu'ils ont introduit eux-mêmes en terre anglaise. « En un mot, le réseau de formules juridiques sous lequel le patriciat romain tenait autrefois la plèbe captive et garrotée n'était pas plus étroit ni mieux serré que celui sous lequel la noblesse normande sut à son tour opprimer la plèbe anglo-saxonne (2). »

Ce régime subsista sans tempérament pendant plusieurs siècles. Puis les magistrats consentirent à se faire les complices des plaideurs pour élargir le cercle étroit et exclusif de la procédure, et pour se placer fictivement dans l'hypothèse d'un « writ » déterminé.

(1) Boutmy, *Essai d'une psychologie juridique du peuple anglais*, pp. 239, 240, 244, 254 et ss.

(2) Gide, *Étude sur la condition de la femme*, p. 239.

Sanctionnant cette pratique extra-légale, le Parlement, dans un statut célèbre (2^e statut de Westminster), autorisa les clercs de Chancellerie à construire de nouvelles formules de « writs » pour les espèces qui présenteraient une réelle analogie avec les anciens cas : « quod in casu reperitur breve (writ) et in consimili casu, simili indigente remedio, non reperitur. »

Telle fut l'origine des « writs » *in consimili casu*, imités des anciens. Il ne faudrait d'ailleurs pas se faire d'illusion sur l'importance de la réforme. Les nouveaux writs différaient simplement des premiers par quelques mots ou lettres de plus ou de moins, par l'emploi du singulier au lieu du pluriel, ou vice versa.

Un progrès plus sensible fut accompli par la création des « writs on the case », dans lesquels la formule consacrée était remplacée par une description détaillée des circonstances de la cause (1).

C'est donc la jurisprudence qui, à l'exemple du préteur romain, se crut autorisée à introduire, d'abord timidement, dans le domaine qui lui était réservé, c'est-à-dire dans la procédure, les réformes qu'elle jugeait nécessaires ; ainsi apparurent, selon la remarque de Gide, « à côté des actions civiles, des actions utiles, feintes, *in factum*. »

Une réforme capitale ne tarda pas à se produire dans les Cours de Chancellerie. Quand, dans une espèce, il y avait contradiction entre le texte légal et l'équité, le Chan-

(1) Lambart, *Archainomia*, p. 78.

celier, au lieu de renvoyer la cause devant les juges de droit commun, retenait le litige et jugeait lui-même « en équité » au nom du roi. Cette innovation, qui constituait une révolution au point de vue de l'administration de la justice, eut une influence décisive sur le droit civil anglais.

Le Chancelier, tout d'abord, ne retint les procès à sa Cour que dans des cas fort rares ; mais la Cour de Chancellerie ne tarda pas à constituer un tribunal régulier en face des anciennes juridictions. A cette dualité dans l'organisation judiciaire correspondaient dans la jurisprudence deux tendances diamétralement opposées. D'un côté, les anciennes Cours représentaient l'esprit féodal et nobiliaire, attaché à la vieille législation. De l'autre, le Chancelier, « homme du clergé et homme du roi », imbu de droit romain et canonique, travaillait à faire valoir les principes nouveaux d'équité. Dans un pays où la jurisprudence allait créer du droit, il n'est pas étonnant de voir bientôt chaque institution revêtir une double forme, l'une légale, l'autre équitable. Ainsi la discipline conjugale se dédoubla ; à côté des rapports conjugaux anciens, où la personnalité de la femme s'absorbe dans celle du mari, nous voyons apparaître les rapports conjugaux d'équité, méconnus par la loi, mais sanctionnés par la jurisprudence des Cours de Chancellerie (1).

(1) Summer-Maine, *Ancient Law with introduction and notes of Pollock*, pp. 64 et ss.

Quelque étrange que pût paraître cet antagonisme, il n'était pas dans le caractère du peuple anglais de supprimer l'une des tendances pour laisser l'autre se développer plus librement. « Common law » et droit équitable ont fini d'ailleurs par agir l'un sur l'autre sans que la dualité disparût jamais.

D'une part, l'équité, malgré ses hardiesses, suivait toujours la loi, dès que la réforme voulue avait été accomplie. Blackstone posera nettement ce principe au xviii^e siècle : « Equity follows law. »

D'autre part, quand une innovation avait été longtemps expérimentée par la pratique, le Parlement lui donnait force légale, en la consacrant par un statut. De cette manière la « Common law » devenait équitable. C'est ainsi que, conformément à la jurisprudence de la Chancellerie, des statuts de Henri VIII et de Guillaume IV firent pénétrer sur des points particuliers dans la loi civile, la notion nouvelle d'individualité de la femme mariée.

CHAPITRE I

LES BIENS SÉPARÉS DE LA FEMME MARIÉE EN ÉQUITÉ

La première réforme apportée au vieux droit civil par les cours d'équité fut la création pour la femme mariée d'un patrimoine séparé. La doctrine du « *separate estate* » commença à se faire jour au xv^e siècle, sous le règne d'Élisabeth et se répandit avec rapidité parmi les classes riches.

§ 1. — CRÉATION DES BIENS SÉPARÉS, PAR CONTRAT DE MARIAGE, DONATION OU TESTAMENT

L'idée première du domaine équitable émane du clergé, qui, par les statuts de mainmorte, se trouvait privé du droit de posséder des terres. Il imagina de tourner la prohibition en « possédant sous le nom d'un tiers » ; au lieu d'être faites directement à l'Église ou aux communautés religieuses, les ventes ou donations d'immeubles étaient consenties à un tiers, qui s'engageait sur sa foi (*fides*) à laisser jouir perpétuellement à sa place la personne morale incapable de posséder en son nom propre.

Ce « fideicomis » était méconnu de la loi civile ; le Chancelier le sanctionna comme avait fait en d'autres circonstances le préteur romain. Cette protection jurisprudentielle avait pour résultat de dédoubler la propriété en domaine nominal et en domaine utile. Le « trustee », tiers grevé du fideicommiss, était le propriétaire légal, seul titulaire du droit aux yeux de la loi civile ; le fideicommissaire (*cestuy que trust on cestuy que use*) était de son côté le seul propriétaire reconnu par l'équité. Dans cette lutte entre deux juridictions opposées, la Cour d'Equité l'emporta et alla jusqu'à rescinder les décisions des Cours de droit commun. Le droit du « trustee » ne devenait qu'un vain titre *nudum jus*, tandis que celui du « fideicommissaire » était doté de tous les avantages de la vraie propriété.

A l'exemple de cette innovation, les mariages riches s'accompagnèrent plus généralement qu'autrefois d'un contrat, « mariage settlement », dans lequel on introduisait une clause réservant à la femme l'usage séparé « *separate use* » d'une partie de ses biens. Les biens séparés étaient confiés à un trustee, seul propriétaire aux yeux de la loi ; et l'on admit rapidement que le mari pouvait être le trustee des biens séparés de sa femme.

De même quand un tiers faisait une donation ou un testament en faveur d'une femme mariée, il pouvait stipuler que les biens ainsi légués ou donnés seraient affectés à l'usage séparé de sa femme.

Pour que les biens fussent ainsi affectés à la femme,

l'équité exigeait qu'ils eussent été déterminés clairement dans l'acte et que l'intention de la femme ou du disposant fût certaine. Voici les formules le plus souvent employées : « for her sole and separate use » ; « for her own use and at her own disposal » ; « free of control of any present husband or husband to come ».

Au contraire les Cours d'équité déniaient toute efficacité à des formules comme celles-ci : « into her own proper hands to and for her own use and benefit » ; « to her own use and benefit ».

Le critérium était d'ailleurs très vague et toute la controverse reposait sur l'interprétation variable des mots : « sole use ».

L'expression était suffisante pour créer des biens séparés quand il s'agissait de dons faits à une femme déjà mariée, ou si le mariage était en perspective, ou si on remettait en même temps les biens à un trustee.

Il avait été jugé que si, au contraire, une donation était faite à une femme non mariée ou une veuve, aucun mariage n'étant en vue et sans désignation de trustee, la simple formule « sole use and benefit » ne suffisait pas à créer des biens séparés.

Il est donc impossible de dégager le principe directeur de la jurisprudence équitable ; la distinction était uniquement appuyée sur des circonstances de fait. Parfois on recherchait la manière dont s'était exprimé le notaire rédacteur de l'acte ; plus souvent on s'attachait à la nature même de l'opération juridique. Une femme recevait-elle

des présents de son mari ou d'un étranger, sans affectation à ses besoins personnels, ces biens étaient alors considérés comme des biens séparés. Enfin une simple convention intervenue entre époux, par laquelle ils décidaient de vivre chacun isolément, et de ne pas s'immiscer dans l'administration des biens que chacun pourrait acquérir, suffisait à créer pour la femme un patrimoine séparé.

Tout ce que l'on peut dire c'est que la rigidité des formules légales était étrangère à cette jurisprudence et que l'équité se montrait favorable à la création du patrimoine séparé.

Si, à l'origine, la remise des biens à un trustee les enlevait au mari, la femme, à cause de son incapacité, ne pouvait s'adresser à la justice en vue de l'exécution du trust.

Un jugement de la Cour d'Equité de 1581 décida « que quand mari et femme auraient convenu de se séparer et qu'en conséquence une certaine somme aurait été transférée à un trustee pour l'entretien de la femme, celle-ci, bien que le lien matrimonial subsistât toujours, pouvait exiger par voie judiciaire, l'exécution du trust, sans l'intervention de son mari. »

Cette faculté pour la femme de recourir à la justice en vue de l'exécution du trust fut bientôt étendue au cas où il n'y aurait pas eu séparation convenue entre les époux (1).

La jurisprudence ne devait d'ailleurs pas s'arrêter à

(1) Jugements de 1624 et 1638, *Fleschward et Jakson*, *Tothill*, 158.

cette innovation. Quand le contrat de mariage prévoyait l'allocation par le mari à la future épouse pour son entretien personnel d'une pension annuelle et qu'on n'avait pas pris soin de désigner un trustee, la femme n'avait aucun moyen d'exiger le service de la pension, à cause de son incapacité ; ce droit était une « chose in action » que la femme ne pouvait exercer. Mais les Cours de Chancery vinrent à son secours avec une hardiesse remarquable. Le mari était par elles considéré comme trustee pour le compte de sa femme et celle-ci pouvait le poursuivre, non en qualité de mari, mais en qualité de trustee. Un jugement de 1639 n'admit cette extension des droits de la femme qu'en cas de séparation de biens ; mais cette jurisprudence libérale devait bientôt s'appliquer à la femme non séparée, à condition toutefois de se servir d'un mandataire *ad litem*, dénommé « next friend ».

Par analogie il fut jugé en 1712, qu'une donation faite directement par un mari à sa femme au cours du mariage serait valable et que le mari serait considéré comme trustee pour le compte de sa femme (1).

Qu'allait décider la jurisprudence à l'occasion des libéralités testamentaires faites par des tiers à la femme quand le disposant n'avait pas pris soin de nommer un trustee ? Elle adoptait une solution différente selon qu'il s'agissait de meubles ou d'immeubles. Pour les meubles, elle admit que la femme en aurait *de plano* l'usage séparé ;

(1) Mitchel et Mitchel, Bunbury, 207.

en effet l'exécuteur testamentaire du défunt ayant la saisine des biens mobiliers faisait l'office de trustee.

Il était impossible d'étendre cette solution aux immeubles dont les bénéficiaires sont personnellement saisis aussitôt le décès du *de cujus*. Force était donc de reconnaître au mari, sur les immeubles légués à sa femme, le « legal interest » que lui conférait la « common law. »

Mais cet inconvénient ne devait pas rester longtemps sans remède. Il ne tarda pas à être jugé que « le legal interest » acquis par le mari sur les immeubles légués à sa femme, serait le « legal interest d'un trustee » tandis que l'*equitable interest* appartiendrait à la femme considérée comme *cestuy que trust*.

Une dernière controverse surgit au cours du XIX^e siècle. L'absence de contrat de mariage faisait-elle présumer l'abandon par la femme au mari de tous les biens à elle donnés avant le mariage « *to her separate use?* » L'affirmative semblait admise dans la pratique et Lord Cottenham jugea en 1834 dans un procès retentissant (1) que l'absence de contrat de mariage constituait une renonciation tacite de la femme à l'usage séparé. Cette décision fit beaucoup de bruit : un grand nombre de femmes mariées se trouvaient ainsi privées du bénéfice de la jurisprudence équitable pour avoir négligé de faire sanctionner par un contrat de mariage le régime de leur patrimoine propre. Le mouvement d'opinion fut tel qu'en 1840 Lord

(1) Wassey contre Farker.

Langdale revenant sur la jurisprudence de son prédécesseur décida que les biens donnés à une femme avant son mariage à titre de biens séparés, resteraient son patrimoine propre malgré l'absence de contrat de mariage prévoyant le régime matrimonial.

Une fois constitué, le patrimoine séparé de la femme n'était plus susceptible de disparaître ou même de diminuer, sauf la renonciation de celle-ci à ce régime de faveur. Ainsi, les biens acquis avec les deniers séparés tombaient dans le patrimoine propre de la femme, il en était de même des économies qu'elle faisait sur cette catégorie de biens, sans en excepter les arrérages de rentes dont des « trustees » avaient la garde. Il fut même jugé que des valeurs achetées au nom du mari mais avec des deniers séparés de la femme, resteraient entre les mains du mari, mais comme « trustee » pour le compte de sa femme (1).

§ 2. — EQUITY TO A SETTLEMENT

Nous avons vu que les choses in action trouvées par le mari dans le patrimoine de sa femme ne devenaient sa propriété que s'il les « réduisait en possession », c'est-à-dire en obtenait le recouvrement soit à l'amiable soit judiciairement. Quand les « choses in action » avaient une origine équitable, l'action devait être intentée devant la

(1) Hawes contre Curtis, 52, L. T., 244.

Cour de Chancery. Celle-ci faisait alors application de ce principe que celui qui en appelle à l'équité doit agir conformément à cette même équité. « He who seeks equity must do equity. » La Cour ne donnait satisfaction au mari que s'il faisait en faveur de sa femme et de ses enfants un « settlement » d'une partie des biens réclamés en justice.

Ce droit de la femme s'appelait « equity to a settlement » ; et les biens ainsi acquis par elle constituaient un nouveau groupe de biens séparés (1).

La quotité du « settlement » devait être arbitrée par la Cour ; en général, elle atteignait la moitié du recouvrement. Toutefois en cas d'abandon ou de faillite du mari, on alla jusqu'à allouer la totalité du revenu (2). Quant au capital, il était fixé à la moitié au profit de la femme et des enfants.

Cette jurisprudence équitable était à ce point affermie en 1638, que la Cour de « Chancery » intervint par voie « d'injunction (3) » pour faire surseoir à un procès intenté par un mari devant une juridiction ecclésiastique en vue d'obtenir le paiement d'une somme due à sa femme jusqu'à ce qu'un *settlement* ait été fait par lui en faveur de celle-ci.

(1) Griffith, *op. cit.*, p. 126.

(2) Taunton contre Morris, 11, chap. D, 779 ; 48, L. J., ch. 408 ; 27, W. R. 718.

(3) On appelle « injunction » en droit anglais un ordre donné par le juge à un particulier lui interdisant de commettre ou de continuer à commettre un acte considéré comme illicite.

A l'origine, cette prérogative de la femme mariée relativement à « l'equity to a settlement » n'était pas très étendue. En effet là Cour de Chancery ne protégeait la femme que quand le mari venait soumettre le litige à sa barre. Si le mari obtenait satisfaction d'une autre manière, le droit équitable de la femme ne prenait pas naissance, et la cour n'avait aucun moyen d'éluder l'application de la « common law. ».

C'est seulement en 1801 que la jurisprudence de la Chancellerie assura à la théorie son plein développement ; il fut jugé par Lord Rosslyns que la femme serait en droit de réclamer son « equity to a settlement » indépendamment de toute action du mari. Cette réforme avait pour but d'empêcher les « trustees » à qui la garde des biens mobiliers de la femme était confiée, de les remettre au mari, avant que celui-ci n'eût fait un settlement en faveur de son épouse (1).

Malgré les progrès de la jurisprudence, un danger subsistait : si le mari s'était hâté de réduire en son pouvoir l'émolument « des choses in action », la Cour ne pouvait plus revenir sur le fait accompli et « l'use » de la femme ne naissait jamais.

Quels sont les caractères de l'equity to a settlement ? La pratique des cours de Chancery peut se résumer en trois propositions fondamentales (2).

(1) Lady Elibank et Montolien I White and Tudors, L. C.

(2) Smith, *The married Woman*, p. 56.

1^o L'*equity to a settlement* portait exclusivement sur les biens que le mari pouvait acquérir du chef de sa femme et non sur ceux que la femme acquérait elle-même (1). Par exemple, si la femme venait à recueillir un immeuble au cours du mariage, il ne pouvait être question qu'il donnât naissance à un droit équitable puisque le mari n'avait rien à réclamer sur un tel bien (2).

2^o Le droit de réclamer « l'*equity to a settlement* » ou d'y renoncer appartient à la femme seule ; mais dès que la femme invoque son droit, elle doit le faire tant en son nom personnel qu'au profit de ses enfants (3). Bien plus la femme majeure pouvait renoncer à son « *equity to a settlement* », mais ce droit lui était refusé si elle avait un enfant.

3^o L'*equity to a settlement* portait non pas sur le bien lui-même, mais sur le droit de le recevoir. Appliquant rigoureusement ce principe, un arrêt décida que le mari n'était pas obligé de faire un *settlement* sur des droits éventuels ; le droit équitable de la femme ne pouvant porter que sur le droit légal du mari à la possession présente. « En cas d'acquisition de tels droits par le mari, il ne pouvait être question d'*equity to a settlement*. »

Mais dans les cours de Chancery les solutions bienveillantes finissaient toujours par triompher. Nous avons vu qu'un « trustee » pouvait se refuser à faire un versement

(1) Griffith, *op. cit.*, p. 114.

(2) Life association of Scotland contre Sida, 3 de G. F. J. 256.

(3) Smith, *op. cit.*, p. 57.

quelconque au mari, tant que celui-ci n'aurait pas consenti à sa femme l'*equity to a settlement*.

Plusieurs décisions allèrent même jusqu'à juger qu'un « *equity to a settlement* » pouvait naître sur un bien qui, quoique légal par sa nature avait occasionné un procès devant les Cours d'Équité (1).

Sur quels biens pouvait porter l'« *equity to a settlement*? » En principe tous les biens en étaient susceptibles tant les droits et actions que les « *leascholds* » équitables ; peu importait à quelle date, ils avaient été acquis (2).

Un droit viager pouvait faire l'objet d'un « *equity to a settlement*. » Une exception était admise cependant au cas où le mari vivant avec sa femme et pourvoyant à son entretien cédait un droit de celle-ci à titre onéreux ; l'*equity to a settlement*, ne naissait pas, même si un jour la femme cessait d'être soutenue par son mari. Au contraire il y avait lieu à *equity to a settlement* si, avant la cession, le mari avait réduit sa femme à ses seules ressources ou l'avait abandonnée.

L'*equity to a settlement* de la femme pouvait prendre fin de différentes manières.

D'abord la femme pouvait y renoncer en justice en consentant à ce que le mari reçût le capital ; cette renoncia-

(1) Voir notamment *Wortham contre Pemberton*, 1. de G. F. et J. 644, et la jurisprudence citée par Smith, *op. cit.*

(2) *Murray contre lord Elibank, White, Tudors*, L. C., 5^e éd., t. I, pp. 485 et suiv.

tion était accompagnée d'un interrogatoire de la femme par le juge.

En outre la jurisprudence admettait que l'*equity to a settlement*, pouvait être détruit par un certain nombre de causes d'extinction ou de nullité. Aucun principe directeur n'était posé ; il était conforme aux habitudes anglaises de procéder par voie d'énumération sans qu'une formule précise empêchât l'admission de cas nouveaux.

Une jurisprudence abondante (1) signale un certain nombre d'hypothèses où l'*equity to a settlement* prenait fin, par exemple, le recouvrement par le mari d'un capital, l'aliénation par la femme de ce capital, le mariage de la femme pupille de la Cour sans le consentement de celle-ci (2).

En dehors de ces cas particuliers, la théorie de l'« *equity to a settlement* » constituait un progrès remarquable dans la capacité de la femme mariée.

§ 3. — PIN-MONEY ET PARAPHERNAUX ; LEURS RAPPORTS

AVEC LES BIENS SÉPARÉS

Nous avons vu que sous l'ancien droit anglo-normand, la femme possédait déjà certains droits limités sur son « *pin-money* et ses paraphernaux. »

Le « *pin-money*, » (les « épingles » du droit normand),

(1) Smith, *op. cit.*, p. 59.

(2) Griffith, *op. cit.*, pp. 57 et suiv.

était une pension annuelle stipulée au profit de la femme avant son mariage pour faire face à ses dépenses de toilette proportionnées au rang social du mari ; le même caractère de « pin-money » était attribué aux dons d'argent non périodiques qui lui étaient faits au cours du mariage (1). Pour comprendre l'intérêt qu'il y avait de distinguer le pin-money des autres biens séparés, il faut se rappeler le but différent dans lequel ils avaient été créés ; le pin-money n'a pas le caractère de donation absolue ; la femme n'en est gratifiée que sous la condition qu'elle en emploiera les deniers à ses besoins personnels ; si, par exemple, sur les économies qu'elle réalisait la femme acquérait des biens nouveaux, ces derniers n'auraient pas le caractère de biens séparés, et la femme ne pourrait en disposer ni à titre onéreux ni à titre gratuit.

Le mari avait en outre un certain droit de contrôle sur l'emploi du pin-money, et pouvait exiger que l'argent fût dépensé par la femme selon son rang et sa condition (2).

La femme pouvait encore posséder certains biens à titre de *paraphernaux*, bijoux, vêtements, objets de toilette en rapport avec sa situation sociale. L'intention des parties pouvait conférer à des objets de cette catégorie, le caractère de biens séparés, mais en l'absence d'une telle affectation les paraphernaux se distinguaient nettement

(1) Lehr, *Droit civil anglais*, p. 101 ; Matthews, *The law relating to married women* (addenda XXV).

(2) Griffith, *op. cit.*, p. 6 ; Bright, *Husband and wife*, t. II, pp. 288 et suiv. ; Marcq, *Husband and wife*, p. 35.

du patrimoine séparé de la femme ; en effet durant le mariage le mari est propriétaire *jure mariti* des parapher-
naux de sa femme dont il peut disposer à titre onéreux ou
gratuit, mais non par testament.

CHAPITRE II

ÉVOLUTION DE LA CAPACITÉ D'ALIÉNER DE LA FEMME MARIÉE ANGLAISE

L'ancien droit interdisait d'une façon absolue l'aliénation des biens de la femme, fût-elle voulue par les époux. Les atteintes portées à ce principe par les cours d'équité ne peuvent se ramener à un système unique. Divers furent les moyens employés par la jurisprudence dans le développement progressif de la capacité d'aliéner de la femme mariée. On pourrait croire que la création de biens séparés ait eu pour conséquence immédiate de donner à la femme le droit de les aliéner. Il n'en fut rien ; cette faculté ne lui fut pleinement accordée qu'à une date récente.

§ 1^{er}. — CAPACITÉ GÉNÉRALE D'ALIÉNER

La loi civile interdisant l'aliénation des biens de la femme, on usa tout d'abord d'une fiction dont l'invention émane encore du clergé et qui présente de singulières analogies avec l'*in jure cessio* romaine. S'agissait-il de vendre ou d'affermir le bien dotal, mari et femme, au lieu de con-

tracter avec le tiers se laissaient assigner en justice par lui ; celui-ci prétendait être propriétaire ou locataire du fonds : les époux ne se défendaient pas ou se défendaient mal et le juge faisait droit à la prétention du demandeur.

Dans un premier cas ce procès fictif était qualifié de *fine*. On simulait une promesse de vente « convenant to convey ». L'acheteur revendiquait le bien devant le juge en vertu de la prétendue promesse, les deux parties simulaient un compromis et il intervenait alors une sorte de jugement d'expédient qui constituait pour l'acquéreur un véritable titre de propriété.

Dans les « Recoveries », l'instance au lieu d'être interrompue par un arrangement amiable suivait son cours régulier ; ce second procédé présentait donc l'inconvénient d'être plus coûteux.

Dans ces procédés bâtards résident tous les progrès du droit anglais en matière de capacité générale d'aliénation de la femme mariée jusqu'en 1833.

A cette date le Parlement vota un act (1) abolissant les « Fines et les Recoveries » et les remplaçant par l'acte authentique (*deed*). Cet « Act » permettait à la femme

(1) « The act for the abolition of Fines and Recoveries » (3 and 4 Will IV, ch. 74. 1. 77. Le Parlement jusqu'à cette date n'était pas resté étranger au mouvement de la jurisprudence. Un statut de Henri VIII avait permis au mari d'affirmer les biens dotaux avec le consentement de la femme ; par un statut du règne de Guillaume IV, le mari fut autorisé à vendre et échanger les biens dotaux toujours avec le consentement de la femme. Dans ces deux hypothèses l'interrogatoire de la femme était nécessaire.

d'aliéner tous ses droits et intérêts dans les immeubles de « freeholds » et dans certain « copyholds » par un « ordinary deed of conveyance ». Deux conditions étaient apposées à la validité de l'aliénation. D'abord le mari devait concourir à l'acte. Puis la femme devait reconnaître elle-même (*acknowledge*) sa volonté d'aliéner devant un juge ou deux *commissionners*. Cette reconnaissance était précédée d'un interrogatoire de la femme hors la présence de son mari; les juges devaient par cet interrogatoire rechercher si la femme avait conscience des conséquences de son acte et si sa décision était bien à l'abri de toute influence du mari.

La loi prévoyait l'hypothèse où le mari se trouvait dans l'impossibilité de concourir à l'acte. En ce cas la cour des *Common pleas* pouvait autoriser la femme à disposer de ses immeubles comme si elle n'était pas mariée. Notons toutefois que le mari ne pouvait de ce fait être privé des revenus de l'immeuble (1).

§ 2. — CAPACITÉ D'ALIÉNER LES BIENS SÉPARÉS

La capacité d'aliéner de la femme en ce qui concerne les

(1) Avant 1833, l'aliénation était valable dans deux cas, sans qu'on ait besoin de recourir à un procès fictif. D'abord, l'acquéreur ne pouvait être inquiété quand la femme avait par fraude dissimulé son incapacité; mais en ce cas le mari ne pouvait être privé des revenus de l'immeuble. D'autre part, quand un tiers disposait par erreur de biens appartenant à une femme mariée, pensant qu'ils étaient sa propriété et que dans le même acte (par exemple le testament) il disposait des biens à lui propres en faveur de cette femme, celle-ci ne pouvait refuser la première exécution et accepter la seconde. Elle devait choisir; c'est ce qu'on appelle la *théorie de « l'élection »*.

biens séparés a subi en Angleterre une évolution spéciale. Tout d'abord, la jurisprudence autorisait la femme à léguer les sommes économisées sur les biens séparés, et seulement s'il y avait séparation entre époux. Peu à peu les Cours de Chancery se montrèrent plus libérales, et en 1778, une décision de Lord Thurlow (1) nous montre nettement qu'une femme mariée pouvait agir à l'égard de ses biens séparés « as if she were a feme sole ».

Nous distinguerons les biens séparés meubles et immeubles.

1. Meubles.

Qu'il s'agisse d'un bien actuellement possédé (in possession) ou d'une simple expectative (in reversion), la femme peut librement l'aliéner (2).

Le mode d'aliénation par acte authentique institué en 1833 fut plus tard étendu par une loi de 1837 (3) aux *reversionary interest* et à « l'equity to a settlement » de la femme portant sur des droits mobiliers. Ces intérêts étaient autrefois inaliénables, car d'une part le mari ne pouvait en disposer et d'autre part on ne pouvait recourir aux *fnes and recoveries* qui ne s'appliquaient qu'aux biens immobiliers.

2. Immeubles.

La femme avait la libre disposition des revenus et béné-

(1) Hulme contre Tenant; White and Eudors, L. E., t. I.

(2) Lehr, *op. cit.*, pp. 138 et 310.

(3) Malin's act (20 and 21; Vict, chap. LVII).

fices de ses immeubles séparés ; elle pouvait aussi disposer de « l'equitable fee » soit par testament, soit par acte entre vifs, sans que les formalités de la loi de 1833 fussent applicables. Mais pour l'aliénation du « legal fee » il fallait, conformément à l'acte de 1833, que l'aliénation fût reconnue en justice avec le concours du mari.

Sans doute les cours d'équité n'allaient jamais jusqu'à autoriser une femme mariée à transférer le « legal estate » lui-même, mais elles lui reconnurent le pouvoir de disposer en équité de tout fief simple équitable, et de tous les autres droits sur une terre.

Le mari survivant était alors considéré comme « trustee » du bien légal, avec obligation de transférer le « legal estate », à la personne désignée par la femme.

CHAPITRE III

EVOLUTION DE LA CAPACITÉ DE S'OBLIGER ET D'ÊTRE OBLIGÉE DE LA FEMME MARIÉE ANGLAISE

§ 1. — GÉNÉRALITÉS

Dans sa réaction contre l'ancien droit, l'Angleterre comme la Normandie ne donna pas à la femme mariée une capacité aussi large pour s'obliger que pour aliéner. Tolérant en cette matière, les rigueurs de la « *common law* » l'Equity n'a pas reconnu à la femme une capacité générale de contracter (1).

Les Cours de Chancery admirent de bonne heure que la femme pouvait grever ses biens séparés et qu'ils devaient répondre de ses engagements conclus par écrit ou verbalement (2). Mais elles ne posèrent jamais la règle qu'une femme fût capable de s'engager par contrat (3).

D'abord on ne permit tout d'abord à la femme de s'en-

(1) Pollock, *Contrats*, pp. 65-69.

(2) Hulme 1778, 1 Bro, E. C. 16.

(3) Attwood contre Chichester, 3 G. B. D., 722.

gager sur ses biens séparés, qu'en cas de séparation des époux ; plus tard le femme adultère qui avait abandonné le domicile conjugal bénéficia de la même faveur que la femme séparée. La jurisprudence ne tarda pas à poser des principes ; c'est ainsi que dans les dernières années du XVIII^e siècle, au cours du célèbre procès *Hulme* contre *Tenant*, Lord *Thurlow* déclara que l'obligation des biens séparés dépend de l'intention des parties.

Un arrêt de 1861 (1) fixa définitivement la jurisprudence sur ce point. Les biens séparés, si la femme en possédait, pouvaient être poursuivis, mais jamais la femme elle-même. Autrement dit, la femme engageait ses biens séparés en « equity ». Mais quand pouvait-on dire que la femme avait entendu grever son patrimoine ? Aucune difficulté ne se présentait quand elle affectait tel bien particulier à son obligation. Mais que décider en cas contraire ? Tout dépendait des circonstances de fait. Dans l'arrêt précité, Lord *Turner* posait d'abord le principe « que si un engagement formel ou non, écrit ou oral, était intervenu sur la foi des biens séparés, ceux-ci se trouvaient par là même affectés à l'obligation, « il constatait ensuite que dans l'espèce les époux vivaient séparés, indice que la femme, sauf preuve contraire, avait eu l'intention d'engager ses biens. « En effet, disait Lord *Turner*, il n'a jamais été contesté... qu'une femme mariée pouvait engager ses biens séparés par hypothèque ou autre charge ; ...je pense que

(1) *Johnson* contre *Gallobert*, 3, de G. F. et J. 494.

pour grever les biens séparés par un engagement général, il doit ressortir que l'engagement a été fait à leur égard et sur leur crédit, et le fait de savoir si cela s'est passé ainsi est une question dont la Cour est seul juge. »

Recherche de l'intention de la femme, telle était la base de cette jurisprudence; on le voit, la capacité de s'obliger chez la femme mariée était singulièrement restreinte; ajoutons néanmoins que les Cours de Chancery interprétaient d'un esprit large le principe qu'elles avaient posé et se montraient faciles dans l'administration des preuves.

Néanmoins, la femme ne pouvaient engager que les biens séparés existant dans son patrimoine au moment de la conclusion du contrat, curieuse dérogation au principe que le patrimoine actuel et futur d'un débiteur est le gage de ses créanciers. En voici pourtant la raison : la jurisprudence n'avait rien changé au statut de la femme qui reste personnellement incapable de s'obliger : les biens sont frappés *propter rem*, ce qui exclut l'affectation du patrimoine futur.

Dans un cas particulier des controverses avaient surgi sur le point de savoir si la femme pouvait engager les biens soumis à son pouvoir de désignation « power of appointment ». On appelle ainsi « un pouvoir de disposition conféré à une personne, en vertu duquel elle peut fixer la dévolution de biens dont un tiers ou elle-même est saisie. Il est loisible de laisser des biens à une femme mariée pour sa vie avec pouvoir de fixer leur dévolution

future ; elle peut le faire par acte entre vifs, c'est-à-dire solennel (deed) ou par testament (1). »

Les solutions qui semblent avoir été le plus communément admises en jurisprudence sont les suivantes :

Des biens ayant été établis au profit d'une femme pour son usage séparé sa vie durant avec faculté d'en disposer par acte entre vifs ou par testament et, à défaut par la femme d'user de ses prérogatives à un tiers, un arrêt de la Cour de Chancery décida que pendant la vie de la femme « on n'avait qu'à s'occuper des intérêts fixés (2). »

Après la mort de la femme, que le pouvoir ait été exercé ou non, tous ses engagements généraux pouvaient s'exécuter sur les biens soumis au « power of appointment ». Quand le droit, à défaut de désignation, passait aux exécuteurs testamentaires de la femme il devait en être de même à *fortiori*. Si la femme exerçait son pouvoir ou si, faute de l'avoir exercé, les biens étaient recueillis par ses enfants, la jurisprudence décidait à peu près constamment que les biens devaient répondre des dettes de la femme.

Mais les Cours de Chancery s'arrêtaient là ; si le pouvoir ne pouvait être exercé que par testament, faute par la femme d'avoir usé de sa prérogative, ses engagements généraux ne pouvaient jamais être opposables aux tiers

(1) Barclay, *La femme anglaise*, p. 64 ; Voir aussi Griffith, *op. cit.*, p. 56.

(2) Paul, 20, chap. D. 742.

possédant des droits sur les biens en l'absence de désignation.

La jurisprudence trouvait encore excessive la capacité contractuelle qu'elle avait reconnue à la femme et par un retour en arrière caractéristique, les Cours d'Équité crurent devoir la protéger contre elle-même en lui interdisant d'anticiper sur ses revenus.

§ 2 — RESTRAINT UPON ANTICIPATION

Les cours d'équité dans le but de protéger la femme contre ses propres entraînements et contre l'influence maritale modifièrent leur œuvre dans un sens restrictif en édictant une prohibition d'anticiper sur les revenus appelée également prohibition d'aliéner, « *restraint upon anticipation* » ou « *restraint upon alienation* ». Il devint habituel vers la fin du XVIII^e siècle d'insérer dans les « *settlements* » concédant des biens séparés à une femme mariée une clause prohibant leur aliénation ou l'anticipation des revenus.

En vertu de cette théorie, les biens affectés au « *separate use* » de la femme sont sans doute soustraits au pouvoir du mari, mais la femme ne peut disposer des revenus avant leur échéance.

Aucune formalité n'était requise pour l'institution du « *restraint upon anticipation* » ; il suffisait que l'intention de limiter les pouvoirs de la femme résultât des termes

de l'acte. Voici d'ailleurs les formules le plus souvent employées : « Without power of anticipation » ou bien on stipulait qu'un trustee recevrait pendant la vie de la femme les revenus aussi souvent qu'ils seraient dus ; «... qu'un bien ne devait pas être vendu, ni donné, ni engagé, que la femme ne le vendrait ni le greverait d'aucune charge. »

Quel était l'effet de la prohibition ? La femme ne pouvait disposer des revenus que quand ils étaient échus ; mais pour que la disposition produisît son effet, était-il nécessaire que les biens fussent une source de revenus ? On soutint pendant un certain temps que lorsqu'un capital ne produisait aucun revenu, par exemple s'il était simplement déposé ou séquestré, la femme avait le droit de le recevoir malgré la prohibition. Au contraire le même capital avait-il été placé en actions, on en concluait que la prohibition d'anticiper empêchait tout transfert au nom de la femme. D'après un autre système il fallait distinguer la prohibition d'aliéner et la prohibition d'anticiper.

Mais d'après l'opinion dominante enseignée par Matthews (1), il importait peu que le bien produisît ou non des revenus ; tout dépendait de l'intention du disposant et de la manière dont il avait confié les biens à des trustees, avec mission d'en verser les revenus à la femme. Si le capital ne produisait pas de revenus, la prohibition avait

(1) Matthews, *op. cit.*, p. 106.

pour seul effet d'empêcher la femme de disposer du capital lui-même avant l'échéance.

La jurisprudence voulant protéger la femme par cette prohibition, elle lui attribuait cet autre effet de mettre le bien à l'abri des créanciers de la femme qu'il s'agit d'une obligation *ex delicto* ou *ex contractu*.

CHAPITRE IV

CAPACITÉ DE TESTER

Nous avons vu que l'ancien droit avait rigoureusement proscrit le testament de la femme mariée. En dehors des réformes opérées par la jurisprudence des cours d'équité, il est nécessaire de signaler un certain nombre de dérogations au vieux droit que le temps avait fini par consacrer.

D'après Bright (1) la femme exécutrice testamentaire avait le droit de se choisir un successeur pour continuer la représentation du testateur primitif sans pouvoir toutefois faire aucun legs. De même la femme d'un banni à vie par décision du Parlement, celle d'un condamné à la transportation, celle d'un étranger ennemi étaient considérées comme pleinement capables en matière testamentaire.

La femme pouvait également tester sur tous biens meubles ou immeubles sur lesquels elle était investie d'un pouvoir de désignation « power of appointment » exercable par testament (2).

(1) Bright, *Husband and Wife*, 22, p. 64.

(2) Sugden, *Powers*, p. 153.

C'est donc dans des circonstances tout-à-fait exceptionnelles que la femme mariée se trouva de droit commun investie de la capacité testamentaire.

Quand apparut la théorie de l'*use of lands* » on put croire que la femme pourrait disposer par testament des « *Uses* » qui lui étaient ainsi destinés. Néanmoins cette faculté ne lui fut pas reconnue primitivement. Au xvi^e siècle le « *statute of Wills* » (1) décida que la plus grande partie des terres deviendrait disponible par testament ; mais il faisait exception pour les fonds possédées par des femmes mariées.

C'est seulement quand la doctrine des biens séparés eut reçu son plein développement que la femme acquit une certaine capacité testamentaire.

Il semble qu'au temps de Charles I^{er}, la femme pouvait disposer par testament de ses biens séparés mais il n'y avait encore là qu'une tendance donnant lieu à des décisions isolées. Ce n'est qu'en 1789, pour les meubles, et en 1865 pour les immeubles que l'usage s'établit définitivement de permettre aux femmes de tester sur leurs biens séparés.

(1) 32 Henri VIII, chap. I.

CHAPITRE V

CAPACITÉ D'ESTER EN JUSTICE

Sous le régime de la « common law », la femme, par suite de son inexistence juridique, ne figurait dans aucun procès relatif à son patrimoine ; le mari avait seul qualité pour jouer le rôle de demandeur ou de défendeur.

Les cours de Chancery ayant fait pénétrer dans le domaine du droit la notion de personnalité de la femme, il est naturel qu'elles aient reconnu à celle-ci la capacité d'estimer en justice. Mais la jurisprudence équitable n'allait pas en principe jusqu'à exclure le concours du mari. Dans certains cas particuliers, elle exigeait même que le mari figurât comme co-demandeur ; il en était ainsi quand il s'agissait de recouvrer les biens de la femme ou des biens appartenant au mari du chef de la femme, ou encore quand les époux avaient des intérêts distincts sur les biens litigieux.

La faculté d'estimer en justice sans assistance maritale était reconnue à la femme mariée dans certaines circonstances déterminées : en cas de disparition depuis sept ans, d'exil ou de mort civile du mari ; la même solution fut

étendue au cas où le mari était étranger à la juridiction, frappé d'une peine criminelle, citoyen d'un pays ennemi et à l'hypothèse où une opposition d'intérêts surgissait entre époux. Enfin, la reine d'Angleterre pouvait faire valoir ses droits en justice sans autorisation maritale.

Néanmoins, même dans ces cas exceptionnels, la femme n'était admise à plaider comme demanderesse ou défenderesse que par l'intermédiaire d'un mandataire *ad litem*, dénommé « next friend. » C'était habituellement un parent ou un ami de la femme qui remplissait ce rôle pour suppléer dans la mesure du possible à l'absence d'autorisation maritale.

TROISIÈME PARTIE

L'émancipation de la femme mariée en Angleterre

CHAPITRE I

LE MOUVEMENT LÉGISLATIF AU XIX^e SIÈCLE

Malgré les efforts de la jurisprudence des cours d'équité pour faire pénétrer dans le domaine du droit les principes d'humanité et de liberté réclamés par l'opinion, le vieux droit subsistait toujours, inutile, encombrant et dangereux pour ceux qui voulaient l'é luder, implacable et tyrannique pour d'autres qui vivaient encore sous son empire. C'est qu'en effet la doctrine des cours d'équité avait d'autres défauts que son extrême complication. Sans doute le « settlement » qui précédait généralement le mariage dans les classes riches assurait à la femme un patrimoine séparé. Il en était de même quand un tiers affectait par testament ou donation certains biens au « separate use » de l'épouse. Mais cet usage était un luxe impraticable dans les classes inférieures de la société anglaise. Parmi les ouvriers et les petits commerçants, la femme se mariait ordinairement sans contrat et la « common law » régissait alors dans toute son âpreté les rapports matrimoniaux. Le patrimoine mobilier de la femme tombait entre les mains du mari ; les profits, dons, legs et successions, qu'elle pouvait

recueillir lui échappaient ; les économies qu'elle réalisait, les produits de son travail devenaient la proie de son mari ou de ses créanciers. De là, au sein d'un même pays, ce contraste choquant entre la femme riche que la jurisprudence avait réussi à émanciper dans une large mesure, et la femme pauvre, qui n'avait aucun moyen de se soustraire à un régime reconnu suranné.

C'est vers le milieu du ^{xix}^e siècle que l'opinion commença à s'émouvoir et répondit à l'appel des philosophes qui dénonçaient l'injustice du statut de la femme mariée. Le plus grand des apôtres de l'émancipation de la femme fut Stuart Mill (1806-1873). Déjà dans son *Essay on liberty*, paru en 1858, il voyait dans la despotisme de la coutume « l'obstacle perpétuel à l'avancement humain parce qu'il est la négation même de la liberté et du progrès. » Ce sont les idées qu'il développera plus tard dans son livre sur *L'assujettissement des femmes*. « Une loi, dira-t-il, refusant par principe une capacité quelconque à une classe d'individus, est toujours mauvaise, car alors même qu'elle serait bien fondée dans le plus grand nombre de cas, ce qui peut bien ne pas être, il en resterait toujours un petit nombre pour lequel elle ne le sera pas ; et alors il y aurait injustice pour les particuliers et dommage pour la société à élever des barrières qui défendent à certains individus de tirer tout ce qu'ils peuvent de leurs facultés pour leur profit et celui des autres (1). »

(1) J. Stuart-Mill, *L'assujettissement des femmes*, traduction Cazelles, Guillaumin et C^{ie}, Paris, 1876.

La curiosité du public était alors attirée vers les réformes accomplies dans le domaine de la capacité civile des femmes mariées par plusieurs états de l'Amérique du Nord, à la suite de campagnes retentissantes en faveur du droit de vote. Une large autonomie fut en effet concédée à la femme dans les Vermont (1840) à New-York (1848-1860), dans le Massachussets (1857), enfin dans le Kentucky et le Kansas.

La nouvelle Angleterre et la Lousiane conservaient seules une discipline conjugale dont les principes se rapprochaient de ceux du Code civil français.

La Chambre des communes avait prescrit en 1856 une enquête dans le but de faire connaître au Parlement la condition exacte de la femme mariée, principalement dans les classes laborieuses. Les résultats de cette enquête donnèrent lieu à des conclusions lamentables. « Si les ouvriers, déclare le rapport, n'étaient trop souvent adonnés à l'intempérance, leurs salaires pourraient dans le plus grand nombre de cas, suffire à l'entretien de la famille. Malheureusement il n'est pas rare que des ouvriers en se mariant, calculent par avance ce qu'ils pourront tirer du travail de leur femme et choisissent précisément le temps de leur mariage pour se relâcher de leurs habitudes laborieuses (1). » C'est un fait malheureusement établi, disait M. Hasting devant le Comité d'Enquête (2), que des maris

(1) Ribot, « Étude sur la loi de 1870 », *Bulletin de la Société de législation comparée*, décembre 1871, p. 6.

(2) Enquête de 1856, p. 21.

vivent dans l'ivrognerie et entretiennent des concubines avec le produit du travail de leur femmes ».

Comme suite à cette enquête, un bill fut proposé qui échoua devant la Chambre des Communes et c'est alors que fut voté l'act de 1857. Il fut décidé qu'en cas de séparation judiciaire, « sentence of judicial separation », la femme recouvrerait la libre disposition comme une « feme sole » de tous les biens qu'elle pourrait acquérir par la suite. Aux termes du même « act », la femme abandonnée par son mari avait la faculté, sans faire prononcer la séparation d'obtenir de justice un *protection order* lui permettant de disposer par la suite des biens qu'elle pourrait acquérir.

Les progrès réalisés par cette loi se réduisaient à peu près à rien. La réforme vraiment urgente, qui avait tant préoccupé les membres de la commission d'enquête, la protection des gains et salaires de la femme n'était pas encore réalisée et il fallut attendre jusqu'en 1870 pour voir consacrer ce principe essentiel.

L'act du 9 août 1870 (1) ne change rien au principe de l'incapacité de la femme mariée ; il se borne à introduire des exceptions pour des cas déterminés.

Cette loi, la première des lois vraiment émancipatrices de la condition de la femme en Angleterre, a un double objet. D'un côté elle donne à l'épouse la jouissance et la libre disposition de biens par elle acquis au cours du mariage ; d'autre part elle l'autorise à se réserver au même

(1) 33 et 34, Vict., chap. XCIII.

titre par des procédés simplifiés, les biens qu'elle possédait au jour de son mariage.

Aux termes de l'article 1^{er}, est soustrait de plein droit aux pouvoirs du mari tout ce que la femme gagne au cours du mariage par son travail ou son industrie séparée, par l'exercice de ses aptitudes littéraires, artistiques ou scientifiques.

Etaient également réservés à l'épouse à titre de « *separate estate* » les biens réels ou personnels, « *real property, personal property* », qu'elle pouvait recueillir *ab intestat* ainsi que les biens personnels qui lui seraient donnés ou légués, pourvu que la valeur de ces dons ou legs ne fût pas supérieure à cinq cents livres.

A côté de ces biens réservés à la femme en vertu de la loi, l'act de 1870 donnait à l'épouse la faculté de se constituer, moyennant certaines conditions un patrimoine séparé.

Ainsi, quand la femme au moment de son mariage avait un droit sur des fonds déposés à la Banque d'Angleterre, à la Banque d'Irlande, placés en consolidé anglais, dans une caisse d'épargne, ou en actions de sociétés de finances, de banques... elle pouvait désormais faire inscrire ces valeurs à son nom propre comme femme mariée et se les constituer à titre de « *separate property*. »

L'article 11 permettait également à la femme de conserver en propre tout autre bien en obtenant par écrit l'autorisation du mari. Enfin la femme pouvait contracter une assurance à son profit sur sa vie ou celle de son mari.

L'act de 1870 ne renversait par conséquent ni le vieil édifice légal, ni les constructions plus récentes de l'équité. Il se contenta de créer un nouveau groupe de biens séparés, appelés propres statutaires, « *statutory separate estate*. »

En ce qui concerne son nouveau patrimoine, la femme recevait les pouvoirs de disposition et la faculté de s'obliger aux conditions édictées par la jurisprudence des Cours d'équité. S'agissait-il d'intenter une action sur ce même patrimoine, l'accès des Cours d'équité et des « *Courts of Law* » était indifféremment ouvert à la femme.

La nécessité du « *next friend* » et la mise en cause du mari au cas où celui-ci prétendait avoir des droits sur les biens, s'appliquaient toujours. L'article 12 édictait enfin que les créanciers agissant contre la femme relativement à ses biens séparés, devaient comprendre le mari dans la poursuite à moins qu'il s'agit de dettes prénuptiales.

Telles sont les dispositions de cette loi célèbre dont le plus grave défaut était de faire une place trop large aux principes de la « *common law* » et de se contenter d'introduire les mesures nécessaires et urgentes. Elle subit une légère retouche en 1874 ; l'act de 1870 en restituant aux créanciers antérieurs au mariage leur action contre la femme avait en même temps libéré le mari ; une loi de 1874 rendit aux créanciers prénuptiaux leurs droits contre le mari sans rien ôter toutefois à la nouvelle capacité de la femme.

Il va sans dire qu'une réforme aussi timide que celle de 1870 ne pouvait contenter les partisans d'une refonte radicale de la loi anglaise : le mouvement d'opinion continuait une campagne active en faveur de l'émancipation sous les auspices notamment de la *Ligue en faveur du droit des femmes*.

Stuart Mill venait de mourir, mais ses idées avaient si bien pris racine en Angleterre qu'au cours de la session du Parlement de 1882 un projet de loi fut présenté à la Chambre des Lords par le Chancelier Selborne ; nonobstant les critiques dont il fut l'objet à cette assemblée, il fut adopté avec huit amendements, puis voté sans modification par les Communes.

L'*act de 1882*, code de la capacité civile des femmes mariées en Angleterre, a construit un régime d'émancipation telle qu'en aucun autre pays, sauf en Amérique, la femme ne jouit d'une liberté aussi étendue (1).

(1) Notre étude ayant pour objet l'évolution d'une institution, nous n'examinerons pas dans tous ses détails le droit anglais moderne. Nous nous contenterons à titre de conclusion, de tracer les grands traits du régime actuel, et renvoyons en même temps qu'aux ouvrages cités à la bibliographie aux deux thèses suivantes : Bertheau, *De la capacité de la femme mariée anglaise*, 1902, Paris, et surtout Chéron, *La femme mariée anglaise en Angleterre et en France*, 1906, Paris.

CHAPITRE II

L'ACT DE 1882

Comme l'indique son titre « an act to consolidate and amend the act relating to the property of married women » la loi de 1882 a pour but d'amender les lois antérieures et de consolider les dispositions relatives aux biens de la femme mariée en un seul « act » du Parlement.

§ 1^{er}. — CAPACITÉ D'ACQUÉRIR, DE DÉTENIR ET DE DISPOSER

Le principe nouveau posé par la loi de 1882 est qu'une femme mariée se trouve désormais propriétaire au sens le plus absolu du terme de tout bien acquis avant ou après le mariage.

Elle est en outre capable d'acquérir, de détenir et de disposer de ses meubles et de ses immeubles comme si elle n'était pas mariée ; aux termes de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, « la femme mariée pourra conformément aux dispositions de cette loi acquérir de même manière que si elle n'était pas mariée, sans l'intervention d'aucun *trustee*, tous biens réels ou personnels comme propriété séparée. »

La femme peut donc acquérir sans qu'il soit nécessaire de recourir à un acte notarié, et indépendamment de toute volonté manifestée par elle de se créer un patrimoine séparé. Inutile désormais de procéder à la désignation d'un trustee, de doter la femme d'un settlement équitable puisqu'elle acquiert le *legal interest* lui-même.

Toutefois au cas où le donateur voudrait protéger la femme contre elle-même, par exemple en l'empêchant d'anticiper sur ces revenus, la loi de 1882 cesse de s'appliquer, la création d'un trustee devient nécessaire et l'on rentre ainsi dans le domaine de l'équité (1).

L'article 19 pose en outre que tout bien équitable avant 1882 conserverait son caractère après le 1^{er} janvier 1883, date de la mise en vigueur de la loi.

L'article 9, alinéa 1^{er}, accorde à la femme la détention de ses biens séparés : le mari perd donc tout droit d'administration, et même de contrôle sur les biens de sa femme ; en outre il se trouve privé des rentes et profits venant des immeubles ainsi que la faculté de recouvrer les « choses in action » ou de recueillir les droits de retour pouvant échoir au cours du mariage.

Enfin la femme peut « disposer de tous biens meubles et immeubles comme propriété séparée de la même manière que si elle n'était pas mariée sans l'intervention

(1) De même que l'équité avait respecté l'ancien droit, de même le droit nouveau conserve les créations de l'équité auxquelles on peut encore recourir aujourd'hui. Cette pratique est parfaitement conforme à l'esprit conservateur du peuple anglais.

d'aucun trustee. » Les cours d'équité avaient reconnu à la femme sur ses biens séparés de larges pouvoirs de disposition que la loi de 1882 a consacrés ; mais de grands progrès sont accomplis ; désormais la femme aliène autre chose qu'un droit équitable ; elle transmet le *legal estate* ; d'autre part tout concours du mari devient inutile, l'intervention d'un trustee n'a plus de raison d'être, l'interrogatoire judiciaire est supprimé.

§ 2. — CAPACITÉ DE S'OBLIGER

A. Généralités.

Aux termes de l'article 1^{er}, alinéa 2, la femme est capable de s'obliger par contrat jusqu'à concurrence de ses biens séparés. L'alinéa 4 nous indique que le contrat fait par une femme mariée et engageant ses biens séparés porte non seulement sur ceux dont elle est saisie, mais aussi sur ceux qu'elle acquerra plus tard ; c'est une première différence avec la jurisprudence des cours d'équité.

D'autre part, d'après l'article 1^{er}, alinéa 3, tout contrat fait par une femme mariée est censé l'être avec l'intention d'engager sa propriété séparée *à moins de preuve contraire*. C'est la règle inverse qui était admise par les cours de Chancery ; l'intention de la femme d'engager ses biens séparés devaient être prouvée.

Toutefois l'alinéa 3 réservait encore la preuve contraire ; si par exemple le mari ne fournissait pas à sa femme les

moyens de se procurer les objets de première nécessité, il pouvait être jugé que tout engagement de la femme pour subvenir à ses besoins liait le mari.

Mais une loi du 5 décembre 1893 (1) transforma cette présomption simple en présomption absolue *juris et de jure*.

B. *Cas particuliers.*

1° *Mandat tacite.*

L'article 1^{er}, alinéa 3 de la loi 1882 et l'article 1^{er} de la loi de 1893 posent le principe qu'une femme mariée est capable d'agir à tous égards en qualité de mandataire de son mari comme si elle lui était étrangère. Pendant la vie commune, la femme est naturellement présumée, sauf preuve contraire, avoir le pouvoir d'obliger son mari pour les achats de choses nécessaires au ménage suivant la fortune et le rang social du mari.

Des difficultés ont surgi dans la pratique sur la question de savoir quels achats et contrats de la femme devaient ainsi engager le mari en vertu d'un mandat tacite. Un arrêt rendu dans une affaire Jolly contre Rees (2) a établi d'une façon définitive que le pouvoir de la femme d'obliger son mari quand les époux vivent ensemble est une simple question de mandat, que le seul fait de la vie com-

(1) An act to amend the married women's property act. Voir *Annuaire de législation étrangère*, 1895, p. 9.

(2) Jolly-Rees, 15, C. B. N. S., 628.

mune peut baser la présomption que la femme reçoit de son mari le pouvoir d'engager le crédit de celui-ci pour les objets nécessaires à leur vie journalière, mais que cette présomption disparaît sur la preuve que le mari a défendu à sa femme d'engager son crédit.

2° *Assurances.*

Aux termes de l'article 11, la femme peut assurer sa propre vie ou la vie de son mari pour son compte indépendant; elle peut assurer sa propre vie en faveur de son mari ou de ses enfants ou de ses mari et enfants ou d'un ou plusieurs de ceux-ci. Cette capacité de la femme est extrêmement remarquable si on la compare à celle du mari qui peut assurer sa propre vie en faveur de sa femme ou de ses enfants ou de ses femme et enfants ou d'un ou plusieurs de ceux-ci, mais à qui il est interdit d'assurer la vie de sa femme.

La raison de cette différence réside dans la combinaison de la loi nouvelle avec le principe du droit anglais en matière d'assurances (1), « qu'une vie ne peut être assurée en faveur d'une personne qui n'a pas un intérêt à cette vie ». Or le mari d'après la nouvelle législation n'a plus aucun intérêt juridique à la vie de sa femme puisqu'elle jouit de ses biens indépendamment de lui. Si toutefois le mari jouissait d'une rente pendant la vie de sa femme,

(1) 14 Geog. III, chap. XLVIII.

la prohibition perdrait sa raison d'être et le mari pourrait dès lors assurer la vie de son épouse (1).

3° *Prêts faits par la femme à son mari.*

La loi de 1882 donnant à la femme capacité de contracter devait lui permettre de consentir des prêts à son mari comme à un étranger. Aux termes de l'article 3, toute somme d'argent ou tous autres biens prêtés ou confiés par la femme à son mari pour servir à un commerce ou un emploi exercés par lui seront traités en cas de faillite comme appartenant à l'actif du mari sous réserve du droit de sa femme à une quote-part dans la répartition après que tous les autres créanciers à titre onéreux auront été désintéressés.

La loi se montre ici particulièrement rigoureuse. Remarquons que la femme possédant des biens séparés par l'intermédiaire de trustees est dans une situation plus avantageuse, car les trustees concourent avec les autres créanciers au lieu d'être primés par eux.

4° *Femme administratrice ou trustee.*

Par suite de sa capacité de s'obliger, la femme peut accepter une charge judiciaire (trust) ainsi que la fonction d'exécutrice testamentaire ou l'administration de biens laissés *ab intestat* (2).

(1) Barclay, *La femme anglaise*.

(2) On nomme en droit anglais exécuteur celui à qui le testateur a

C'est ce qu'exprime l'article 18 quand il autorise la femme à exercer ses fonctions seule ou conjointement avec d'autres personnes ; la femme peut actionner ou être actionnée ; transférer ou s'associer à un transfert des annuités, dépôts, sommes placées dans les fonds publics sans l'intervention de son mari, comme si elle n'était pas mariée. La responsabilité du mari n'est jamais encourue pour les actes de cette administration.

5° Obligations antérieures au mariage.

La femme mariée depuis le 1^{er} janvier 1883 demeure après son mariage responsable sur ses biens séparés de toutes dettes ou obligations encourues avant le mariage (art. 13). Cet article s'applique notamment aux obligations de la femme comme actionnaire d'une société. D'après l'article 78 de la loi de 1862 sur les sociétés par actions le mari était responsable des dettes pouvant grever la femme en sa qualité d'actionnaire ; les tribunaux (1) avaient décidé que le mari serait tenu de supporter cette charge même quand la femme possédait des biens séparés ; avec la loi nouvelle, ce sont les biens de la femme qui sont attaqués en première ligne.

Mais en même temps qu'il grève le patrimoine de la femme, l'act de 1882 rend le mari responsable des dettes

laissé le soin d'exécuter son testament. L'administrateur est celui qui gère le patrimoine d'un intestat.

(1) Aff. Hatcher, L. R. 12, chap. D. 384.

et obligations antérieures au mariage sur tous les biens qu'il a acquis ou auxquels il a droit du chef de sa femme. Néanmoins un compte doit être dressé entre les époux. Il y a lieu de déduire de l'obligation du mari toutes sommes pouvant lui être dues pour paiements opérés par lui relativement aux dettes, contrats ou délits de sa femme antérieurs au mariage.

Par suite de la diversité de la législation depuis 1870 la théorie régissant cette matière n'est pas aussi simple que nous venons de l'exposer ; en réalité quatre systèmes sont actuellement en vigueur en Angleterre. Le mari marié avant la loi de 1870 est responsable des dettes contractées par sa femme avant le mariage ; celui qui s'est marié entre 1870 et le 30 juillet 1874 est dégagé de toute responsabilité ; s'il est marié après 1874, il est responsable du passif dans les termes de l'article 5 de la loi de 1874 ; (1) enfin le quatrième système est celui de l'article 14 de la loi de 1882.

§ 3. — PLACEMENTS FAITS PAR LA FEMME

L'article 6 se montre très large en ce qui concerne les placements faits par la femme. Les dépôts dans les caisses d'épargne, postales et autres, les rentes viagères, les actions et obligations d'une société ou Compagnie soit municipale, soit commerciale, soit de bienfaisance, soit de

(1) Voir *Annuaire de législation étrangère de 1875*.

prévoyance sont inscrites au seul nom de la femme mariée et sont censées jusqu'à preuve du contraire être sa propriété séparée. La femme en touche librement les intérêts, dividendes, profits de toute nature, est capable de recevoir et transférer toutes valeurs sans le concours de son mari. D'ailleurs si des pertes sont encourues, la femme en est responsable sur les biens séparés et le mari n'en est jamais garant. En cas de conflit entre époux au sujet des valeurs de ce genre, quand le mari par exemple prétend y avoir droit, l'un des époux, l'établissement de crédit, la société ou la banque dans les livres de laquelle les biens en question sont inscrits, ont la faculté, s'ils veulent éviter les lenteurs et les frais de la procédure ordinaire, de recourir à une procédure sommaire, quelle que soit l'importance du litige ; un juge du tribunal suprême ou d'un tribunal local rend, sur une simple assignation, *summons*, une ordonnance d'ailleurs susceptible d'appel. Parfois pour éviter les scandales d'un débat public, le juge peut à la requête d'une d'elles convoquer les parties dans son cabinet (art. 17).

§ 4. — CAPACITÉ DE TESTER

L'article 1^{er}, alinéa 1, reconnaît à la femme la pleine liberté de tester. Remarquons, d'une part, que la loi de 1882 n'a pas entendu abroger certaines incapacités résul-

tant de textes spéciaux (1). D'autre part, l'*Intestate's Estate Act* de 1890 n'est pas venu modifier la capacité de tester de la femme mariée. Si la femme meurt sans testament le mari hérite de tous les biens à l'exclusion des enfants et des ascendants.

La théorie des « powers of appointment » est régie par l'article 4. Comme sous la jurisprudence des Cours de Chancery l'exercice d'un *general power* fait dans son testament par une femme mariée aura pour effet de grever les biens dont la transmission est réglée, de ses dettes et autres obligations comme ses biens propres le sont en vertu de la même loi de 1882.

§ 5. — CAPACITÉ D'ESTER EN JUSTICE

En cette matière des progrès considérables furent accomplis par l'act de 1882. Jusque là la capacité de la femme se limitait aux actions concernant ses biens séparés, et la jurisprudence d'équité lui interdisait encore d'agir seule comme demanderesse en réparation des délits commis contre elle.

Désormais aux termes de l'article 1^{er}, alinéa 2, la femme est capable d'ester en justice comme demanderesse soit *ex contractu* soit *ex delicto* (*in tort*) à tous égards comme si elle n'était pas mariée ; le concours du mari est désormais inutile. Quant aux dominages et intérêts ou aux frais que

(1) Voir par exemple la loi de 1803, 43 Geo. III, C. 108.

les tribunaux pourront lui accorder, ils seront sa propriété séparée. La même liberté lui est reconnue comme défenderesse. Supprimant l'intervention du « next friend » la loi nouvelle donne ainsi à la femme de capacité d'intenter une demande en justice en son propre nom pendant le mariage comme si elle n'était pas mariée : à raison de tout dommage, de toute rupture ou inexécution de contrat (elle peut aussi poursuivre son mari pour un prêt qu'elle lui aurait fait sur ses biens propres) (1), pour toute diffamation commise sur son commerce séparé, à l'occasion des contrefaçons, de la concurrence déloyale dont elle est l'objet. Elle peut, dans les circonstances qui requièrent célérité, obtenir du juge, une ordonnance pour empêcher un tiers de nuire à son patrimoine ; elle peut se servir d'effets de commerce et poursuivre en vertu d'un chèque ou d'une lettre de change (2).

Toutefois des restrictions sont apportées dans certains cas particuliers à cette large capacité. La femme ne peut être *mandataire ad litem* et ne serait pas admise à jouer devant les cours d'équité le rôle de « next friend ».

D'autre part, si aux termes de l'article 12 la femme peut agir *ex contractu* contre son mari et même témoigner contre lui, ni l'un ni l'autre des époux ne peut actionner son conjoint civilement *ex delicto*, excepté en ce qui concerne la protection des biens séparés de la femme.

(1) Woodward, d° 3 de G. J. et sur 674. Voir Crawley, *op. cit.*, p. 297.

(2) Chalmers, *Bills of exchange*, pp. 93 et suiv.

Les époux ne pourraient non plus se poursuivre devant la justice criminelle pendant leur cohabitation, ni même après la cessation de la vie commune au sujet d'actes accomplis pendant leur cohabitation ; cette règle ne souffre d'exception qu'au cas de vol commis par l'un ou l'autre des époux au moment de l'abandon du domicile conjugal.

§ 6. — FEMME EXERÇANT UN COMMERCE SÉPARÉ

L'article 1^{er}, alinéa 5 de la loi de 1882 a complètement émancipé la femme exerçant un commerce séparé. Dans ce cas la femme peut être déclarée en faillite (1).

Avant cette loi des difficultés avaient surgi. Dans un procès antérieur (2) il avait été décidé qu'une femme, quoique exerçant un commerce séparé, ne pouvait être déclarée en faillite, nonobstant la loi de 1870.

Signalons enfin que la loi parle seulement, relativement à la faillite, des femmes mariées exerçant le commerce ; or la faillite en Angleterre n'est pas propre aux commerçants ; que faut-il donc décider, par exemple, pour une femme non commerçante qui contracte des dettes dont le mari n'est pas responsable, et que les biens séparés sont insuffisants à couvrir ? L'opinion générale interprète la loi dans le sens de l'extension de la procédure collective à la

(1) Baldwin, *Law of Bankruptcy and Bills of Sale*.

(2) *Ex parte Jones*, L. R. 12, chap. D, 484, 1890.

femme non commerçante (1). Cette dernière solution, susceptible de développer dans les mœurs mêmes l'initiative et l'activité de la femme, achève de caractériser le libéralisme du droit anglais.

Telle est, dans ses grandes lignes, la législation actuelle de l'Angleterre sur la capacité de la femme mariée. Des critiques nombreuses ont été adressées à ce système d'émancipation à peu près absolue et de séparation complète d'intérêts dans le ménage.

La subordination de la femme au mari, a-t-on dit, l'autorité conférée à celui-ci sur les biens et sur la personne de l'épouse ont toujours été considérées comme des garanties d'union et de bonheur pour la famille. — On ajoute que tout en déliant la femme de l'autorité maritale, la loi anglaise la laisse sans défense contre ses entraînements tant à l'égard du mari qu'à l'égard des tiers.

A côté de ces critiques d'ordre général, on a reproché aux innovations anglo-saxonnes de ne tenir aucun compte des nécessités de la vie commune aboutissant chaque jour par suite de l'unité de foyer, au mélange des intérêts (2) ; — les époux ne sont pas deux étrangers se méconnaissant l'un l'autre, pas même deux voisins vivants côte à côte,

(1) La loi du 25 août 1883 en fusionnant l'*insolvency* (faillite civile) et la *Bankruptcy* (faillite commerciale) a établi une procédure unique pour tous les débiteurs insolvables.

(2) Albert Chéron, *Etude sur l'adage « Uxor non propria est socia, sed speratur fore »*. Thèse, Paris, 1901, p. 319.

mais deux associés qui habitent sous le même toit, qui sont tenus au même loyer, qui participent à des dépenses concernant aussi bien l'un que l'autre. — Sans doute, la loi prévoit dans un cas particulier la question de contribution aux charges du ménage : les femmes sont responsables envers la commune, sur leurs biens séparés, de l'entretien de leurs maris indigents, ainsi que celui de leurs enfants et petits enfants ; une obligation réciproque pèse sur le mari.

Il est vrai également que les mœurs suppléent au silence de la loi ; on voit fréquemment des époux mettant, d'un mutuel accord, une partie de leurs revenus dans une caisse commune ; — mais en cas de mauvais vouloir de l'un deux, l'autre n'a aucun moyen de l'y contraindre.

On a signalé également comme l'un des écueils du régime libéral la faculté qu'il laisse aux époux de se faire des donations frauduleuses au détriment de leurs créanciers.

Mais le mal véritable de la législation anglaise n'est pas là. Le système successoral, d'une part, la rareté des constitutions de dot, de l'autre, empêchent dans une large mesure la réalisation des effets heureux de la loi d'émancipation (1).

Mariée ou non mariée, la femme anglaise se trouve trop souvent plongée dans le plus affreux dénuement à côté de

(1) Glasson, *Rapports sur le prix du budget*, lu à l'Institut le 8 octobre 1898, pp. 12-13.

l'aisance ou du luxe de ses parents et de ses frères. Combien de mariages sont impossibles faute de constitution de dot ! « Beaucoup de jeunes filles deviennent *spinsters* ; il y en a presque dans chaque famille ; l'état de *tante* est très bien accepté. Elles aident à élever les enfants, gouvernent un département de la maison, le fruitier ou la lingerie, font des herbiers, peignent à l'aquarelle, lisent, écrivent... (1) »

Des conséquences tout aussi pénibles se produisent au cours du mariage, quand une jeune fille sans dot a réussi à épouser un homme riche. La femme est capable ; mais elle n'a aucun moyen d'exercer son activité juridique et, comme sous l'empire de la « Common law », c'est toujours le mari qui gouverne le ménage, « *vir caput et custos* ».

Ainsi, par suite de ces incohérences de la législation, la femme anglaise est peut-être encore plus maltraitée que dans les autres pays ; — c'est ce qui explique que, malgré les réformes de 1882, le mouvement féministe se développe chaque jour en Angleterre avec une violence plus inquiétante. — Si l'on songe à l'oppression brutale dont elles furent l'objet pendant plusieurs siècles, si l'on constate quelle situation pénible est faite encore aujourd'hui aux femmes anglaises, on excusera peut-être, tout en la déplo rant, l'ardeur de leurs revendications, et à l'excès de leur désespoir, on mesurera l'immensité de leur sacrifice.

(1) Taine, *Notes sur l'Angleterre*, p. 96.

Quoi qu'il en soit, il est hors de doute que la loi de 1882 a tracé la voie de l'avenir. Le dogme de la puissance maritale n'est plus accepté sans discussion ; on comprend de mieux en mieux que l'activité juridique de chaque époux, condition de sa fonction économique, est un élément incontestable du progrès social, — que l'émancipation de la femme, loin de créer une opposition d'intérêts, « grandit le rôle que chacun des époux joue dans le bonheur de l'autre (1). » Le jour est proche où les Codes des rapports conjugaux s'inspireront plus ou moins complètement de la discipline anglo-saxonne, et où la puissance maritale comme l'incapacité de la femme ne seront plus que des souvenirs du passé.

(1) Stuart-Mill, *L'assujettissement des femmes*, p. 230.

BIBLIOGRAPHIE (1)

I. ANCIEN DROIT ANGLO-NORMAND

Codex legum veterum regni Angliæ ab ingressu Guillelmi I usque ad ag. Henrici III, par Henri SPELMAN. — Ce Codex a été publié par WILKINS, dans ses *Leges anglo saxonicae* (p. 284) et par HOUARD, dans sa collection *Anciennes lois des Français*, t. II, pp. 180 à 426.

Leges Guillelmi Conquestoris, dans HOUARD, *Traité sur les coutumes anglo-normandes*, t. I.

The Doomsday-Book, publié officiellement en 1783, 2 vol. in-fol.

Leges Henrici I, dans HOUARD, *Traité sur les coutumes anglo-normandes*, t. I.

Leges Edwardi Confessoris, dans HOUARD, *Traité sur les coutumes anglo-normandes*, t. I.

RANULPHE DE GLANVILLE. *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliæ, tempore Henrici Secundi compositus*.

(1) Sur l'ensemble de notre sujet nous devons citer les deux grands ouvrages de Glasson : *Histoire du droit et des institutions de la France*; *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*; — et Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*. Édition Esmein, Paris, 1885.

BRITTON, dans HOUARD, *Traité sur les coutumes anglo-normandes*, t. IV.

LA FLETA, dans HOUARD. — *Traité sur les coutumes anglo-normandes*, t. III.

BRACTON. — *De legibus et consuetudinibus Angliæ*. Londoni, 1640.

LITTLETON. — *Tenures*, dans HOUARD, *Anciennes lois des Français*, t. I; et dans COKE, *The first part of the Institutes of the Laws of England or a commentary upon Littleton*. London, 1832.

BLACKSTONE. — *Commentaires sur les lois anglaises*.

THORPE (Benjamin). — *Ancient Laws and Institutes of England*. London, 1840.

The red book of the Exchequer. London, 1896.

Magni rotuli Scaccarii Normanniæ de anno Domini ut videtur MCLXXXIV, fragmentum detexit ediditque Leopoldus DELISLE. Caen, 1851; — t. XVI des *Mémoires de la Société des Antiquaires de Normandie*.

Recueil des jugements de l'Échiquier de Normandie au XIII^e siècle (1207-1270), suivi d'un mémoire sur les anciennes collections de ces jugements, par Léopold DELISLE. — Paris, 1864, in 8°.

Établissements et coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier de Normandie au XIII^e siècle, publiés par Marmier. Paris, 1839, in-8°.

Coutumiers de Normandie, publiés par Joseph Tardif :

Tome I. — Première partie : *Le très ancien coutumier de Normandie*, texte latin. Rouen, 1881; — Deuxième partie : *Le très ancien coutumier de Normandie*, texte français et normand. Rouen, 1903, in-8°.

Tome II. — *Summa de Legibus Normanniæ in curia laicali*. Paris, 1896, in-8° (Grand coutumier).

BOURDOT DE RICHEBOURG. — *Nouveau coutumier général*. Paris, 1724, 4 vol. in-fol. ; — t. IV, *Le grand coutumier du pays et duché de Normandie* ; — *Coutumes du pays de Normandie, anciens ressorts et enclaves d'icelui*.

L'ancienne coutume de Normandie, réimpression éditée avec de légères annotations, par William Laurence de Gruchy. Jersey, 1884, in-8°.

Cartulaire normand de Philippe-Auguste, Louis VIII, saint Louis et Philippe le Hardi, Léopold DELISLE. Rouen, 1871.

Catalogue des actes de Philippe-Auguste, Léopold DELISLE. Paris, 1856, in-8°.

CAUVET. — *Les origines du droit civil de l'ancienne Normandie*. Caen, 1875.

DAVIEL. — *Recherches sur l'origine de la coutume de Normandie*. Caen, 1832.

HOARD. — *Anciennes lois des Français*, conservées dans les coutumes anglaises et recueillies par Littleton. Rouen, 1766.

HOARD. — *Traité sur les coutumes anglo-normandes publiées en Angleterre depuis le XI^e siècle jusqu'au XIV^e*. Rouen, 1776, 4 vol. in-4°.

LE ROUILLE (Guillaume). — *Le grand coutumier des pays et duché de Normandie, 1534 à 1539*.

LEFEBVRE. — *Cours de doctorat, 1910-1911 (2^e partie), Le droit des gens mariés en Normandie*.

TERRIEN. — *Commentaire du droit civil tant public que privé observe en Normandie*. Rouen, 1654.

II. DROIT NORMAND DE LA COUTUME RÉFORMÉE

Coutumes du pays et duché de Normandie, anciens ressorts et enclaves d'icelui, avec les arrêts de règlement de la Cour, Édits, Déclarations, Arrêts du Conseil et du Parlement. Rouen, 1783.

- BASNAGE. — *Œuvres. La coutume réformée du pays et duché de Normandie, expliquée par plusieurs arrêts, règlements et commentée.* Rouen, 1678, 2 vol. in-fol.
- BÉRAULT. — *La coutume réformée du pays et duché de Normandie, anciens ressorts et enclaves d'icelui.* Rouen, 1606, in-4°.
- BOURDOT DE RICHEBOURG. — *Nouveau coutumier général*; — t. IV, *La coutume réformée*; — les Placités de 1666.
- COLIN (Ambroise). — *Le droit des gens mariés dans la coutume de Normandie*; *Nouvelle Revue historique de droit*, 1892.
- FROLAND. — *Mémoires sur le sénatus-consulte velléen.*
- HOUARD. — *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la coutume de Normandie.* Rouen, 1780, 4 vol. in-4°.
- NOËL. — *Études historiques sur les institutions de la coutume de la Normandie*; *Revue de Rouen et de la Normandie*, années 1837-1838-1839.
- RATHERY. — *Études historiques sur les institutions judiciaires de la Normandie.* Paris, 1839.

III. DROIT ANGLAIS

- BABINET. — *Communication sur les « Matrimonial causes acts, amendments, bills »*, dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1878, pp. 546 et suiv.
- BARCLAY. — *L'émancipation contractuelle de la femme mariée en Angleterre.* Paris, 1883; — *La femme anglaise.* Paris, 1876.
- BARRET-LENARD. — *The position of women in relation to contracts.*
- BECQUET. — *De la capacité de la femme mariée en droit anglais.* Bruxelles, 1896.
- BISCHOP. — *Commentaries on the law of married women.*
- BRIGHT. — *Husband and wife.*

- BUCKSTAFF. — *Propriété de la femme mariée en droit anglo-saxon.*
- COMYNS. — *A digest of the law of England.*
- COSMAN. — *The married women property act of 1882.* Amsterdam, 1884.
- CRAWLEY. — *Law of husband and wife,* 1892.
- ERNST. — *An exposition of the laws of marriage and divorce.*
- GRIFFITH. — *Married women's property act.* Londres, 1891.
- HAMMICK. — *The marriage laws of England,* 1872.
- LUSH. — *The law on husband and wife.*
- MATTHEWS. — *Law relating to married women.*
- ROPER. — *Treatise on husband and wife.*
- WESTLAKE. — *La loi anglaise de 1870 sur les biens de la femme mariée.*
-

ABRÉVIATIONS DES RECUEILS DE DÉCISIONS DE JUSTICE

- Bro. C. C. — Brown Cases in Chancery.
- C. B. N. S. — Common Bench reports. New Series.
- Ch. D. — Chancery Division.
- De G. F. et J. — De Gex, Fischer and Jones, reports in Chancery.
- L. C. — White and Tudor. Leading Cases on Equity.
- L. J. — Law Journal.
- L. R. — Law reports.
- L. T. ou L. T. R. — Law Times reports.
- Q. B. D. — Queen's Bench Division.
- Sim et St. — Simons and Stuart, reports in the Vice-Chancellor's Court.
- W. R. — The Weekly reporter.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
AVANT PROPOS.....	1
INTRODUCTION. — <i>Les origines du droit anglo-normand</i>	5
PREMIÈRE PARTIE	
L'ancien droit anglo-normand	
CHAPITRE I. — <i>Indépendance de l'union conjugale</i>	25
CHAPITRE II. — <i>Nature de la puissance maritale ; subordination de la femme et « conjugal unity »</i>	29
CHAPITRE III. — <i>Droits et pouvoirs du mari sur les biens de la femme</i>	41
CHAPITRE IV. — <i>Inaction juridique de la femme mariée</i>	51
CHAPITRE V. — <i>L'ancien système des protections dotales</i>	55
DEUXIÈME PARTIE	
L'évolution de la capacité de la femme mariée en Normandie et en Angleterre	
TITRE I	
L'évolution de la Coutume normande	
CHAPITRE I. — <i>Restrictions apportées aux droits du mari sur le mobilier de la femme</i>	65
CHAPITRE II. — <i>Capacité d'aliéner de la femme mariée</i>	68
CHAPITRE III. — <i>Incapacité de s'obliger de la femme mariée</i> ..	72
CHAPITRE IV. — <i>Sanctions des règles relatives aux aliénations et aux obligations de la femme mariée</i>	78

CHAPITRE V. — <i>Capacité de la femme mariée de disposer à titre gratuit</i>	89
CHAPITRE VI. — <i>Les actions en justice de la femme</i>	95
CHAPITRE VII. — <i>Relâchement de la puissance maritale</i>	98
APPENDICE I. — <i>Survivances de l'ancien droit normand sous l'empire du Code civil</i>	116
APPENDICE II. — <i>Les Iles anglo-normandes</i>	121

TITRE II

Les efforts de la jurisprudence anglaise

CHAPITRE I. — <i>Les biens séparés de la femme mariée en équité</i>	128
CHAPITRE II. — <i>Évolution de la capacité d'aliéner de la femme mariée anglaise</i>	142
CHAPITRE III. — <i>Évolution de la capacité de s'obliger et d'être obligée de la femme mariée anglaise</i>	147
CHAPITRE IV. — <i>Capacité de tester</i>	154
CHAPITRE V. — <i>Capacité d'ester en justice</i>	156

TROISIÈME PARTIE

L'émancipation de la femme mariée en Angleterre

CHAPITRE I. — <i>Le mouvement législatif au XIX^e siècle</i>	161
CHAPITRE II. — <i>L'act de 1882</i>	168
BIBLIOGRAPHIE.....	185
TABLE	191

Vu :

Le Président,
AMBROISE COLIN.

Vu :

Le Doyen,
F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

